THÈSE DE
CAEN.
1882
N°. 15.

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN.

DE LA QUOTITÉ DISPONIBLE

ENTRE ÉPOUX

A ROME & EN FRANCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

DANS LA GRANDE SALLE DE LA FACULTÉ

Le vendredi 16 Juin 1882, à 3 heures du soir

PAR

ADOLPHE PREMPAIN

AVOCAT

SAINT-LO

IMPRIMERIE JEAN DELAMARE, RUE DE LA PAILLE.

—

1882

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN.

DE LA QUOTITÉ DISPONIBLE

ENTRE ÉPOUX

A ROME & EN FRANCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

DANS LA GRANDE SALLE DE LA FACULTÉ

Le vendredi 16 Juin 1882, à 3 heures du soir

PAR

ADOLPHE PREMPAIN

AVOCAT

SAINT-LO

IMPRIMERIE JEAN DELAMARE, RUE DE LA PAILLE.

—

1882

MEIS & AMICIS

SUFFRAGANTS :

MM.

CAUVET, *Professeur.*

JOUEN, *Id.* *Président.*

DANJON, *Id.*

LAISNÉ-DESHAYES, *Agrégé, chargé de Cours.*

LE GOST, *Chargé de Cours.*

INTRODUCTION.

C'est une thèse très-délicate et très-controversée que celle de la quotité disponible entre époux ; et si les législations anciennes présentent sur cette matière la plus grande diversité, il faut en chercher la cause non-seulement dans la constitution politique du pays qu'elles avaient pour mission de régir, mais encore dans les intérêts multiples et opposés qu'elles devaient concilier.

Le sujet que nous avons à traiter n'embrasse pas toute la théorie des donations entre époux ; nous serons cependant obligé d'en étudier les grandes lignes, surtout au point de vue historique, et de nous demander quand elles ont été prohibées ou permises, suivant les époques qu'elles ont eu à traverser.

C'est ce qui explique pourquoi, au lieu de commencer notre étude en Droit romain au sénatus-consulte de Caracalla, qui seul permit les libéralités entre mari et femme, nous jetterons un coup d'œil rapide sur l'époque antérieure, pendant laquelle, du reste, de nombreuses exceptions furent apportées à la prohibition des donations entre époux.

LES DONATIONS ENTRE ÉPOUX

A ROME.

(Dig. de don. int. vir. et ux., liv. XXIV, t. I.—Cod. eod, tit., lib. V, tit. XVI.

La législation romaine présente, en ce qui concerne les donations entre époux, trois phases bien distinctes.

Dans la première, qui fut de courte durée, elle laisse pleine et entière liberté aux époux de se faire telles libéralités que bon leur semblera.

Dans la seconde, au contraire, elle passe d'une liberté excessive à une prohibition absolue, et annule toute donation faite au cours du mariage.

Dans la troisième enfin, qui a son point de départ dans le sénatus-consulte d'Antonin Caracalla, elle se montre plus humaine et, prenant un juste milieu, elle permet aux époux de se faire certains avantages, avantages toutefois qui pourront être révoqués par le donateur lui-même, lorsqu'il le jugera convenable.

Ces trois périodes nous fournissent la division natu-

relle des explications que nous devons donner sur cette importante matière.

I

A l'origine, à Rome, aucune limite ne fut apportée aux donations entre époux. Cela se conçoit facilement, si l'on considère la constitution de la famille, et l'état complet de dépendance dans lequel la femme se trouvait par rapport à son mari.

La manus qui, à l'origine, était peut être la seule forme d'association conjugale usitée, rendait d'ailleurs inutile toute espèce de prohibition. La femme, n'ayant rien à elle, ne pouvait par conséqnent ni rien donner, ni rien recevoir.

Il eût donc été inutile d'édicter une prohibition qui n'aurait été d'aucune application.

Toutefois, un droit aussi exorbitant que la manus, ne pouvait subsister longtemps.

La femme, peu à peu, finit par conserver son individualité dans le mariage et, du temps de Gaïus, la manus était absolument tombée en désuétude, c'est ce qui résulte du passage suivant :

« Hoc totum jus, partim legibus sublatum est, partim » ipsa desuetudine obliteratum. »

Le mariage libre devint dès lors en honneur. En rendant à la femme la place qu'elle aurait toujours dû avoir au foyer domestique, en faisant d'elle la compagne et non la fille de son mari, il lui laissa enfin la possibilité d'avoir un patrimoine à elle, et par conséquent de donner et de recevoir.

Tout d'abord aucune limite ne fut apportée à cette faculté ; le mari et la femme purent disposer selon leur bon plaisir, au profit l'un de l'autre, de tous leurs biens.

On ne vit pas à l'origine l'inconvénient d'une pareille liberté, et elle se développa sans entraves.

Ce fut plus tard seulement que l'expérience montra les inconvénients d'un pareil système.

Ils se manifestèrent surtout lorsque les divorces vinrent à se multiplier à Rome, jusqu'à être comme le fruit naturel du mariage (Tertull. Apolog.), et lorsqu'un goût effréné pour le luxe et la dépense se fut répandu dans toutes les classes.

Il fallut alors empêcher qu'un époux cupide n'abusât de la faiblesse ou de l'affection de son conjoint pour le dépouiller, quitte ensuite à le répudier et à aller dissiper une libéralité imprudemment faite dans une vie indépendante ; trop heureux encore s'il n'allait pas la porter a quelque étranger.

Ce triste état appelait un remède : les mœurs refirent la loi.

Il fut en effet peu à peu reçu comme une règle, plus tard consacrée législativement par les empereurs, que les donations entre époux seraient absolument nulles. C'est ce qui résulte du passage suivant d'Ulpien : « Mo- » ribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem » donationes valerent. » (L. 1, D., de donat. int. vir. et uxorem.)

Cette règle paraît s'être établie vers la fin de la République. La loi Cincia elle-même, portée vers l'an 550, et qui restreignait la faculté de disposer entre-vifs, à titre gratuit, ne s'en occupait pas, et exceptait ainsi de ses rigueurs les donations entre époux. (Vat. frag., §§ 298 et 302.)

Ce point, toutefois, n'est pas universellement admis, et certains auteurs allemands, au nombre desquels se trouve M. de Savigny, pensent que la prohibition des donations entre époux remonte à une époque beaucoup plus reculée, et que l'exception faite par la loi Cincia n'a trait qu'à certaines libéralités qu'il était nécessaire de permettre entre époux, telles que les donations pour cause d'exil, de divorce, etc.

Malheureusement ce système ne peut invoquer aucun texte en sa faveur ; il tend, sans apporter aucune raison,

à restreindre à un certain nombre de cas très-limités, une exception qui embrasse toute une catégorie de donations ; aussi, n'est-il pas en général suivi par les auteurs.

Quoi qu'il en soit, il est hors de doute que vers la fin de la république le droit de donner entre-vifs périt complètement pour les époux. En voulant fuir un mal on tombait dans un autre : le but que l'on s'était proposé était dépassé.

Voyons néanmoins comment, au départ, la jurisprudence romaine organisa la dure prohibition qui devait sauvegarder l'honneur et le patrimoine de la famille.

II.

PROHIBITION DES DONATIONS ENTRE ÉPOUX.

Sur ce sujet nous examinerons successivement les trois questions suivantes :

1° Personnes auxquelles s'appliquait la prohibition.

2° Donations qu'elle frappait.

3° Effets de la prohibition des donations entre époux.

§ I.

Personnes auxquelles s'appliquait la prohibition.

Deux motifs principaux combattaient en faveur de la prohibition des donations entre époux.

1° Il fallait, en garantissant la dignité de l'union conjugale, réagir contre la vénalité des mariages. (Paul, l. 2, D. h. t. — Ulpien, l. 3, D. h. t.).

2° Il importait d'éviter en outre que la libéralité ne fût le résultat d'un entraînement de quelques instants, et non d'une volonté réfléchie et persévérante.

Ce que voulaient donc les jurisconsultes romains, c'est régénérer le mariage: aussi toutes les dispositions qu'ils vont édicter ne s'appliqueront-elles qu'aux justiæ nuptiæ qui seules donnent aux conjoints le titre de *vir* et *d'uxor*.

L'existence des justæ nuptiæ étant la condition indispensable pour l'application de la prohibition, il en résulte que les donations étaient valables entre concubins.

Au premier abord on ne voit pas bien la raison de cette distinction.

Est-ce qu'en effet que les dangers de la séduction ne sont pas beaucoup plus à craindre de la part d'une con-

cubine, toujours d'une condition inférieure à celle du donateur, que de la part d'une femme légitime, son égale? Est-ce que la loi n'a pas au moins autant à redouter dans un cas comme dans l'autre, que la libéralité n'ait pour cause qu'une heure d'entraînement et non un motif sérieux et durable?

Certes on ne saurait le contester, néanmoins on peut donner deux raisons en faveur du système qui fut admis à Rome.

La première est historique : à l'époque ou fut édictée la prohibition, le concubinat n'avait point encore de nom, ni d'existence légale; il n'était donc pas nécessaire de l'atteindre par une disposition spéciale.

La deuxième a trait à l'organisation de la famille romaine et à cet antagonisme profond qui existait entre le droit civil factice, et un droit plus simple et par conséquent plus usité.

Comme les *justæ nuptiæ* jouissaient seules des privilèges attachés au mariage il paraissait juste aussi de les faire participer seules à une prohibition, établie dans un but de protection qu'on ne devait pas au concubinat ni à toute autre union. Ce qu'il fallait faire respecter, c'était l'honneur et la dignité du mari et de la femme, non du concubin et de la concubine.

Toutefois une telle législation ne put se maintenir

lorsque le concubinat prit une telle extension qu'il fit absolument négliger les « justæ nuptiæ. »

Antonin entra le premier dans la voie des réformes en décidant que les soldats ne pourraient faire des donations valables en faveur de leurs *focariæ*.

Arcadius et Honorius allèrent plus loin : Ils défendirent au donateur qui avait des enfants légitimes de donner 1° à sa concubine seule plus de la vingt-quatrième partie de ses biens *semiunciam* ; 2° à sa concubine et à ses enfants plus de la douzième partie de ces mêmes biens *unciam*. (L. 2, Code de natural. lib. 15-27).

Enfin une constitution de Valentinien et de Gratien apporta une dernière restriction : il fut interdit au donateur, même en l'absence d'enfants légitimes et de père et de mère, de donner à sa concubine et à ses enfants plus du quart de sa fortune.

Cette disposition qui tendait de plus en plus à appliquer les prohibitions édictées contre les « justæ nuptiæ » au concubinat ne subsista pas, et la Novelle LXXXIX permit en l'absence d'enfants légitimes et de père et de mère, de donner à sa concubine tous ses biens à l'exception de la légitime des ascendants.

Les mêmes raisons qui, à l'origine, avaient laissé tolérer les donations entre concubins, firent aussi exclure

de la prohibition les donations faites entre ceux dont le mariage était nul, à cause d'un empêchement légal.

C'est ainsi qu'entre sénateur et affranchie, fille de sénateur et affranchi, président d'une province et femme de cette province, tuteur et pupille, les donations étaient absolument permises. (L. 3 § 1 D. h. t.)

Ces personnes, il est vrai, ne bénéficiaient pas de la libéralité, laquelle était dévolue au fisc ; (Ulpien l. 32 § 28, D. h. tit.) mais c'était par une considération indépendante du principe que nous avons posé; et surtout, comme le disent les jurisconsultes romains : « Ne melior sit conditio eorum qui deliquerunt. »

La prohibition des donations étant attachée à la qualité de vir et d'uxor, ne peut commencer avant qu'il y ait mariage. Les donations sont donc permises après le contrat de fiançailles, même le jour du mariage pourvu qu'elles interviennent avant sa conclusion. (L. 27, D. h. t.)

Aussi les dons du fiancé à sa future étaient-ils à Rome d'un usage fréquent ; et bien qu'ils fussent faits en vue du mariage, ils ne furent point d'abord, dans le silence des parties, subordonnées à sa réalisation. (Vinnius, Instit. 11, 6, § 3, L. 10 et 11, code de donat. ante nupt.)

Hâtons nous d'ajouter, qu'un principe contraire et plus conforme à la volonté des parties ne tarda pas à

prévaloir, et que l'existence même de la donation fut soumise à la réalisation du mariage.

La théorie que nous venons d'exposer en ce qui concerne les donations entre fiancés est généralement admise, consacrée qu'elle est par de nombreux textes. On trouve cependant dans la loi 12 princ. Dig. de jure. dot. une décision contraire.

Le jurisconsulte Ulpien prévoit, dans cette loi, l'hypothèse suivante :

Un mari estime les biens dotaux au-dessus de leur valeur dans le but de faire une donation à sa femme. Si cette opération est postérieure au mariage, pas de difficulté, elle est nulle comme faite en fraude de la loi ; mais la solution doit encore être la même, dit le jurisconsulte, alors que l'estimation aurait eu lieu avant le mariage, et cela parce qu'elle ne pourra produire d'effet qu'au moment du mariage.

Malgré toute l'autorité d'Ulpien nous ne pouvons nous rallier à son opinion. Dans quel but, en effet, les donations entre époux ont-elles été prohibées? Afin de préserver un époux contre les entraînements irréfléchis de son affection pour son conjoint, et afin surtout de le prémunir contre des influences auxquelles il n'aurait pas eu le plus souvent la force de résister.

Or cette dépendance de l'un des époux envers l'autre

n'existe pas avant le mariage : le don est donc fait en pleine connaissance de cause ; il émane d'une volonté libre et éclairée : il n'y a par conséquent aucune raison pour l'annuler. Ulpien, d'ailleurs, semble lui-même reconnaître tout ce que sa solution a de contraire aux principes, lorsque dans une hypothèsè analogue, celle d'une donation entre fiancés, subordonnée à l'accomplissement du mariage, il s'exprime ainsi : « Quamvis inter virum et uxorem donatio non videatur facta (l. 32, § 22, D. h. t.).

Telles étaient les personnes directement frappées par les lois qui défendaient les libéralités entre époux.

Toutefois, la prohibition des donations qui n'avait été introduite qu'entre conjoints fut étendue bien au delà de leur personne sous l'influence des principes qui régissaient la famille romaine.

On sait qu'elle avait pour base non le sang et la parenté naturelle, mais le *jus potestatis*. Le père de famille en est l'unique dépositaire ; comme tel il est chef des personnes qu'il a sous sa puissance et maître absolu de leurs biens. Le fils n'a rien en propre. Tout ce qu'il acquiert grossit le patrimoine commun. Il n'y prend part qu'après le décès du père de famille en qualité de *suus hæres* et à condition qu'il devienne par là *sui juris*.

De cette notion de la propriété dans la famille romaine, il résulte que la donation faite à l'un de ses

membres profite non-seulement à lui, mais à toute sa famille. Si donc la femme ne peut donner à son mari, aucun des membres de la famille de la femme ne pourra donner à aucun des membres de la famille du mari, ni au mari lui-même ; et réciproquement. (L. 4, C. h. t. l. 3, § 6, D. h. t.)

Il faut remarquer que ces incapacités résultant exclusivement des rapports artificiels de la *potestas*, il est logique qu'elles frappent lors même qu'ils sont établis par l'adoption, et qu'elles cessent, quoique le lien du sang subsiste, lorsqu'ils sont brisés par l'émancipation ou par toute autre cause.

Mais par suite des nombreuses modifications apportées par le droit nouveau dans la constitution de la famille, l'extension qu'on avait dû nécessairement donner à la prohibition se trouva bientôt elle-même fort restreinte. Ainsi le droit de propriété du père sur les biens donnés à son fils s'étant métamorphosé est un simple droit d'usufruit, si l'on suppose une donation faite par une mère à l'enfant commun, cette donation ne sera annulée qu'à l'égard de l'usufruit, qui devient le seul droit du père sur les biens *adventuis*.

§ 2.

Donations frappées par la prohibition.

Toute donation entre mari et femme, de quelque manière qu'elle soit faite, est atteinte par la prohibition. Donc peu importe qu'on ait eu recours à la tradition, à la stipulation ou à tout autre mode ; dans tous les cas, la nullité devra être prononcée. C'est en conséquence de ce principe qu'il faut, nous dit Neratius, annuler comme prohibée la donation faite par l'un des époux à l'autre, pour construire une métairie ou ensemencer un champ. (L. 13, § 2, D. h. t.)

Mais au lieu d'agir ouvertement, les époux pouvaient au contraire se cacher et employer une forme déguisée pour faire leur libéralité.

C'est ainsi qu'ils pouvaient dissimuler leur donation sous la forme d'un contrat à titre onéreux ou encore avoir recours à des personnes interposées (l. 13, § 2, D. h. t.). Le résultat n'en devait pas moins être le même et la prohibition devait être appliquée.

Les jurisconsultes romains nous donnent quelques exemples des moyens que l'on employait le plus souvent pour tourner la loi.

Un mari, par exemple, dans le mariage, rendait à sa

femme les biens dotaux qu'il n'aurait dû lui remettre que lors de sa dissolution. Cet acte était-il valable ? non, et les empereurs Théodose et Honorius enseignent que les héritiers de la femme doivent restituer la dot au mari, avec les fruits, à partir du jour où ce dernier l'avait rendue à sa femme. (L. 1, C. si dos comt. matr. solut. Novelle XXII, ch. 39.)

Toutefois, le transfert à titre gratuit de la propriété d'une chose de l'un des époux à l'autre, ne suffisait pas pour appliquer la prohibition; il fallait de plus qu'il résultât de la donation : 1° un appauvissement du donateur, et 2° un enrichissement de l'époux donataire. Si l'une de ces deux conditions manquait, la donation était valable. C'est ce qui résulte du texte suivant d'Ulpien: « Ubicumque non diminuit de facultatibus suis qui » donavit (valet) : vel etiam si diminuat, locupletior » tamen non fit qui accipit, donatio valet. » (L. 5 § 16, Ulp. D. h. t.)

1° Et d'abord, il faut qu'il y ait appauvrissement du donateur. Il résulte de là qu'on ne saurait voir de donation défendue dans les actes de bienveillance de l'un des époux vis-à-vis de l'autre.

C'est ainsi que le mandat, la gestion gratuite donné par l'un des affaires de l'autre, le dépôt (l. 58, § 2, D. h. t.), le commodat sont permis aux époux dans les cas ordi-

naires, lorsque ces actes ne diminuent pas réellement leur patrimoine.

Mais, pour favoriser son conjoint, un époux néglige d'augmenter son patrimoine. Il renonce, par exemple, à une hérédité ou à un legs dans le but d'en faire profiter son conjoint. Verra-t-on là une donation prohibée? Non, répondent les jurisconsultes romains, et cela parce que il n'y a pas eu d'appauvrissement du donateur. « Neque enim pauperior fit, qui non adquirat, sed qui de patrimonio suo deposuit. » (L. 5, § 13, D. h. t.)

Toutefois à ces règles, on avait apporté des exceptions assez curieuses et qu'il importe de connaître. Elles nous révèlent en effet un côté assez piquant des mœurs romaines. On permettait à la femme de faire une donation à son mari, pour lui donner les moyens d'être nommé sénateur ou chevalier (L. 42, D. h. t.), où même d'obtenir un avancement quelconque. (L. 41, D. h. t.)

Le mari, de son côté, pouvait donner une somme d'argent à sa femme pour procurer à son parent des dignités (L. 5, § 17, D. h. t.) où même, ce qui est plus surprenant, pour s'acheter à elle-même des objets de luxe. Les présents d'usage aux calendes de mars et aux fêtes de Saturne, ou à l'anniversaire de la naissance, étaient également permis entre époux, pourvu qu'ils ne fussent pas considérables (L. 31, § 8, D. h. t.)

Comment était-on arrivé à valider ces donations? Pour celles qui concerne les présents de peu d'importance faits par l'un des époux à l'autre, pas de difficulté : d'ailleurs il n'y avait pas, dans ce cas, à proprement parler, d'appauvrissement de la part du donateur, puisque la libéralité était prise à même les revenus, qu'elle ne diminuait pas du reste d'une manière notable.

Quant aux autres, celles qui étaient faites *honoris causa*, il n'en était pas de même, et l'on sait aux prix de quels sacrifices certains romains parvenaient à des charges importantes.

Les jeux qu'ils offraient au peuple, les suffrages qu'ils achetaient, constituaient un véritable appauvrissement pour l'époux donateur qui payait. On avait tourné la difficulté en disant que si l'époux donateur était appauvri, l'époux donataire, lui, n'était pas enrichi (l. 5, § 12, D. h. t.)

2° C'est qu'en effet, à côté de cette première règle de la nécessité de l'appauvrissement de l'époux donateur, pour qu'il y ait donation prohibée ; on en avait posé une seconde à savoir qu'il fallait, en outre, enrichissement de la part du donataire.

Partant de là, il n'y avait pas de donation prohibée lorsqu'un mari donnait à sa femme un esclave, à la condition qu'il serait affranchi, la qualité de patron ne pro-

curant pas un enrichissement suffisant pour appliquer la prohibition. C'est ce que nous enseigne le jurisconsulte Paul. « Nemo enim ex hac fit locupletior, ideoque » servum manumittendi causa invicem tibi donare non » prohibentur. »

Cependant, dans ce cas, la donation ne produisait son effet qu'autant que l'esclave donné était affranchi ; le donataire acquérait donc l'esclave au même instant qu'il le perdait par l'affranchissement.

Mais, supposons que dans le but d'avantager son conjoint, un mari laisse éteindre par le non usage une servitude qu'il a sur le fonds de sa femme. Cette omission n'est point en elle-même un acte qui constitue donation, car cet acte serait nul et la servitude ne s'éteindrait pas, ce qui serait contraire aux textes ; toutefois, comme il en résulte un enrichissement pour la femme dont l'immeuble acquiert une plus-value, et un appauvrissement pour le mari, puisque son immeuble perd de sa valeur, on voit là une donation, et on accorde au mari une condictio. (L. 5, § 6, D. h. t.)

Il y a encore enrichissement du donataire, nonobstant son insolvabilité, lorsqu'avec l'argent donné, il a acheté un objet quelconque. Mais il faut bien observer que si le donateur ne doit rien perdre, il ne doit pas non plus s'enrichir : si donc la chose acquise avec l'argent

donné avait augmenté de valeur, le donataire conservait le bénéfice de cette plus-value. (L. 28, § 3, D., h. t.)

Une difficulté naissait-elle sur l'existence ou sur la quotité de l'enrichissement ? la preuve était à la charge du défendeur, car l'enrichissement primitif n'étant pas douteux, si le défendeur prétend qu'un fait postérieur l'a absorbé ou diminué, c'est à lui à en apporter la preuve.

Sur cette question des libéralités indirectes entre époux, figure au Digeste un texte très-intéressant de Neratius, la loi 44.

Il a soulevé de nombreuses controverses. La première hypothèse que prévoit Neratius est celle-ci :

Un tiers a remis entre les mains d'une femme mariée une chose appartenant à son mari. Le mari ignore que cette chose lui appartient ; l'étranger et la femme l'ignorent également ; alors il n'y a évidemment pas de donation de la part du mari : l'usucapion de cette chose sera parfaitement possible et s'accomplira au profit de la femme.

Mais Neratius prévoit une seconde hypothèse :

Le mari et la femme connaissent la vérité et s'entendent pour laisser l'usucapion s'accomplir. Pourra-t-elle, en réalité, avoir lieu ?

La partie du texte dans laquelle se trouve cette se-

conde hypothèse est très-obscure et même contradictoire, si on ne change pas la ponctuation des manuscrits du Digeste.

La solution que nous proposons d'adopter est celle qui considère l'usucapion de la femme comme impossible, et cela en conséquence de la prohibition des donations entre époux.

Quelle est en effet la situation respective du mari et de la femme dans cette hypothèse ?

Ils connaissent l'un et l'autre quel est le véritable propriétaire et le mari qui peut revendiquer sa chose ne le fait pas. Pourquoi ? pour la faire acquérir à sa femme à titre de libéralité.

Aussi que se passe-t-il en réalité, au point de vue du droit ? La femme est réputée avoir remis effectivement la chose à son mari, et l'avoir ensuite, à nouveau, reçue de ses mains.

Or, la restitution de la chose interrompt l'usucapion, et sa remise ne peut donner lieu à une usucapion nouvelle, car elle constitue une donation entre époux, c'est-à-dire, un acte nul, incapable de valoir comme *justa causa*. Cette explication est d'ailleurs parfaitement conforme au texte de la loi 44, si l'on admet la ponctuation suivante que nous croyons la vraie :

« Sed si vir rescierit suam rem esse priusquam usu-

capiatur, vindicare que eam poterit, nec volet, et hoc mulieri noverit, interrumpetur possessio, quia transit in causam ab eo factæ donationis ; — ipsius mulieris scientia propius est ut nullem adquisitioni dominii ejus adferat impedimentum, etc. »

Ainsi d'après cette ponctuation, les mots *ipsius mulieris scientia* commencent une nouvelle phrase, ce qui est contraire, c'est vrai, à la leçon des manuscrits des Pandectes. Mais cette modification nous permet de donner au texte un sens parfaitement conforme aux règles générales de la prohibition des donations, et en outre de ne pas mettre le jurisconsulte Neratius en contradiction avec lui-même, résultat auquel aboutissent fatalement ceux qui conservent le texte des manuscrits.

En effet, d'après eux, Neratius nous dirait d'une part que la possession est interrompue « interrumpetur possessio, » et il ajouterait immédiatement après : mieux vaut dire que l'acquisition de la propriété ne rencontre aucun obstacle ; ce qui est inadmissible.

On propose encore une autre correction dans la ponctuation, c'est de mettre un point d'interrogation après les mots « ipsius mulieris scientia, » ce qui présenterait, sous la forme d'un doute et d'une objection la phrase dans laquelle Neratius dit que l'usucapion est entravée,

et ce qui permettrait dès lors de se prononcer, sans contradiction, en faveur du maintien de l'usucapion commencée.

Mais, comme le fait parfaitement observer M. Machelard, cette solution est peu satisfaisante, en ce qu'elle ne cadre pas avec les principes qui voient une donation dans le fait du mari, quand il laisse éteindre une servitude par le non usage ou qu'il laisse absoudre sa femme contre laquelle il pourrait obtenir une condamnation. Et puis, Neratius diminuerait singulièrement la force de l'objection qu'il présente en ne parlant que de la *scientia mulieris ;* car c'est la connaissance acquise par le mari et non celle de la femme, qui implique une donation.

La troisième hypothèse est celle où la femme seule connaît le droit de propriété de son mari. Ici évidemment il n'y a point de donation, car la volonté du donateur, condition essentielle de toute donation, n'existe pas, et il n'est pas défendu à une femme d'acquérir des biens dont la propriété appartient à son mari. « Non enim modo uxores ex bonis virorum, sed ex causa donationis ab ipsis factæ adquirere prohibitæ sunt. » (L. 44.) Cette solution est du reste conforme à ce principe, que pour usucaper, il suffit que la bonne foi ait existé à l'origine de la possession.

Voici la quatrième hypothèse : elle n'est pas prévue par Nératius, mais en pratique elle pouvait se présenter Le mari seul sait qu'il est propriétaire, la femme l'igno re. Si le mari garde le silence l'usucapion pourra-t-elle s'accomplir ? Deux opinions sont en présence.

La première enseigne que l'usucapion suivra son cours au profit de la femme si le mari ne l'interrompt pas, mais que la femme alors sera soumise à une condictio pour restituer ce dont elle s'est enrichie. Cette opinion raisonne par analogie de ce que les jurisconsultes romains décidaient relativement à l'extinction calculée d'une servitude par le non usage ; et elle fait observer qu'en réalité l'époux aliène lorsqu'il permet, en connaissance de cause, à une usucapion de s'accomplir contre lui.

La seconde opinion enseigne au contraire, avec raison, selon nous, que l'usucapion, dans cette hypothèse, ne subissant aucune interruption, puisque la femme possède avec juste titre et bonne foi, le mari ne peut, après son accomplissement, ni revendiquer sa chose ni intenter la condictio. Les jurisconsultes en effet ne la lui accordaient que lorsqu'il laissait éteindre par le non usage la servitude qu'il avait sur les biens de sa femme, ou qu'il se laissait condamner volontairement pour l'avantager. Or cette situation est bien différente de

celle qui nous occupe, car l'inaction du mari est la cause unique de l'extinction de la servitude, tandis que l'usucapion peut être arrêtée par une cause complète ment indépendante de sa volonté, par exemple, par la dépossession de la femme. De plus, un acte quelconque de propriété suffit au mari pour consacrer la servitude ; dans notre hypothèse, au contraire, il lui faut intenter une action en revendication dont l'issue pourra souvent être douteuse.

Il est une sorte de donation sur laquelle les jurisconsultes romains n'étaient pas d'accord : nous voulons parler de la donation rémunératoire. Etait-elle permise ? était-elle défendue ? C'était controversé. Nous croyons cependant que la solution préférable est celle qui interdisait de semblables donations entre époux. Elles renferment en effet les caractères essentiels pour l'application de la prohibition, l'appauvrissement du donateur et l'enrichissement du donataire. De plus, la donation rémunératoire déshonore le mariage. Les époux ne se doivent-ils pas en toute circonstance secours et assistance mutuelle ? Et n'est-ce pas précisément pour éviter que la reconnaissance des bienfaits reçus ne se témoigne par une récompense pécuniaire que la prohibition des donations a été portée ? Si l'on avait fait exception pour

les donations rémunératoires, la règle tout entière n'aurait pas tardé à sombrer.

L'on avait toutefois permis et avec raison, la donation rémunératoire lorsqu'un conjoint avait sauvé la vie à son conjoint.

Cette exception se justifie assez par l'importance du service rendu. (Paul, l. 34 § 1, D. de donationibus.)

Telles étaient les donations défendues à Rome.

Nous avons maintenant à examiner certaines libéralités qui, bien que faites par l'un des époux à son conjoint, devaient être maintenues : ce sont les donations à cause de mort, de divorce ou d'exil.

Et d'abord pourquoi avait-on permis les donations à cause de mort? (L. 9 et 10 § 2, D. h. t.) Le motif qu'en donne Gaïus est bien simple, c'est, dit-il « quia in hoc » tempus excurrit donationis eventus, quo vir et uxor » esse desinunt. »

D'ailleurs aucun des dangers qu'on avait voulu prévenir, en interdisant les donations entre époux, ne se présentait quand il s'agit de donation à cause de mort. Elle ne causait pas d'appauvrissement au donateur qui conservait la propriété de la chose donnée ; elle ne dépouillait que ses héritiers dans l'intérêt desquels n'avait point été établie la prohibition.

Quant à la donation *divortii causa* elle était également permise. (L. 11 § 11 h. t.)

Cela se conçoit. Pourquoi, en effet, avait-on défendu les donations entre époux ? Parce que l'on craignait l'influence du mari sur sa femme et réciproquement ; or ceci n'était pas à redouter en matière de divorce et on n'avait pas à craindre que celui qui se séparait de son conjoint se dépouillât inconsidérément par l'effet d'une tendresse aveugle.

Mais la donation n'était pas valable par cela seul qu'elle avait pour cause le divorce des époux ; ainsi était nulle toute donation faite par avance, d'une manière générale pour le cas où les époux divorceraient. Elle devait au contraire être faite au moment même du divorce : « quæ tamen sub ipso divortii tempore, non » quæ ex cogitatione quando que futuri divortii fiant. » (L. 12 D. h, t.)

Enfin la prohibition ne s'appliquait pas aux donations po ur cause d'exil.

C'est ici une véritable exception. Car le mariage n'était point brisé par l'exil et par la déportation et nous n'admettons point l'opinion de Pothier qui ne permet cette donation que dans le cas où le divorce vient en même temps dissoudre le mariage : 1° parce qu'aucun texte n'impose cette condition et qu'au contraire, l'exil

n'est point mis par les textes, au nombre des causes du divorce *bona gratia ;*

2° Parce qu'il eût été superflu de faire du cas d'exil, un cas particulier et une exception, puisque la donation eût été permise non à cause de l'exil, mais à cause du divorce, ce qui rentre dans le cas précédent et dans la règle générale ;

3° Parce que le motif de cette donation est une sorte de *pudicitiæ præmium,* le prix du dévouement à la personne de l'époux, et non pas la prime de l'abandon et du divorce (Ulp., fr. 13, § 10, n. t. — Paulus, fr. 43, n. t.)

§ 3.

Effets de la prohibition des donations entre époux.

Lorsqu'une libéralité présentant les caractères que nous avons analysés, a été faite entre époux, la sanction de la loi enfreinte est la nullité, de plein droit, de tout ce qui a été entrepris contre elle. C'est ce qui résulte du texte suivant « Sciendum autem est, ita interdictam inter vir cum et uxorem donationem, ut ipso jure nihil valeat quod actum est. Proinde, si corpus sit quod donatur, nec traditio quicquam valet. Et si stipulanti promissum sit, vel accepto latum, nihil valet ; ipso enim jure,

quæ inter virum et exorem donationis causa geruntur, nullius momenti sunt. » (L. 3, § 10, D. h. t.)

Dès lors, s'il y a eu tradition d'une chose corporelle, en vue de réaliser une donation, cette tradition n'opérera pas aliénation. Le conjoint a-t-il voulu s'engager *donationis causa*, en répondant à une stipulation, la promesse ne fera pas naître d'obligation. De même, s'il a fait une acceptilation, la créance qu'il avait contre son époux ne se trouvera pas éteinte.

En suivant rigoureusement ses idées, on devrait dire que, quand le mari, voulant faire une donation à sa femme, ordonne à son débiteur de verser ce qu'il lui doit entre les mains de la femme, il n'y a pas de libération du débiteur qui, ayant fait un acte nul conserverait la propriété des écus dont il s'est dessaisi. Telle est effectivement la doctrine énoncée par Africain, dans la loi 38, § 1, dig. de Solut. Cependant la même hypothèse est prévue dans la loi 3, § 12 nost. tit. par Ulpien, qui la résout autrement.

Cette contradiction entre les deux textes s'explique par l'histoire. A l'origine, en effet, la doctrine professée par Ulpien n'était pas admise et Africain, jurisconsulte antérieur à Ulpien, la rejetait absolument. Ulpien dans la suite la fit triompher grâce à une fiction qui est encore appliquée dans un autre cas, par les lois 3, §§ 13 et 14.

Il imagina en effet qu'une tradition avait d'abord été faite du débiteur au mari, qui à son tour avait livré à sa femme. Or l'interdiction de donations qui fait obstacle à la validité de la seconde tradition, ne doit pas empêcher la première d'être tenue pour constante et nuire aux intérêts du débiteur.

Il faut du reste remarquer qu'Africain, dans la loi 38, ne s'occupe qu'incidemment de l'effet du paiement opéré entre les mains de la femme, par le débiteur du mari donateur. Sa thèse principale est que le débiteur qui paie de bonne foi à un mandataire révoqué, ne se trouve pas libéré, quand ce mandataire a reçu frauduleusement pour s'approprier les espèces, à l'égard desquelles il se rend ainsi coupable d'un furtum.

Ainsi la tradition, quoique faite par le propriétaire, ne transférait ni la propriété, ni même la possession civile « ad usucapionem ».

Les actions qui compétaient dans ce cas, au donateur, lorsqu'il voulait revenir sur la tradition par lui faite et recouvrer ce dont il s'était appauvri, différaient suivant les cas.

Si la chose donnée existait entre les mains du donataire, il y avait lieu à la revendication. (Ulp. fr. 5, § 18, n. t. ; Paul, fr. 36, pr. n. t.)

Mais la revendication n'était plus possible lorsque

l'objet donné avait péri, ou par suite d'une aliénation, était sorti des mains du donataire. S'il avait péri complètement par cas fortuit, ou était consommé de bonne foi par le donataire sans l'enrichir, le donateur n'avait aucune action. Si au contraire la consommation avait été frauduleuse de la part du donataire, on accordait contre lui la *condictio,* l'action *ad exhibendum*, ou l'action *damni injuriarum.*

Remarquons que ce dol n'existait pas, tant que le donataire possédait du consentement du donateur, qu'il ne pouvait commencer que lorsque celui-ci manifestait l'intention d'user de son droit contre le donataire.

La perte toutefois pouvait n'être en réalité que la transformation de la chose : la laine avait été tissée en vêtement ; l'argent employé à payer un immeuble. Les conditions de la revendication n'existaient plus, et cependant son motif demeurait ; aussi accordait-on une revendication utile.

Cela était surtout utile lorsque le donataire était insolvable. En effet, le donateur réduit à la *condictio,* eût vu les créanciers concourir avec lui sur cette chose qui *représentait* la sienne, tandis qu'une utile revendication les repoussait d'un bien qui n'avait jamais été leur gage.

Dans tous les autres cas où la chose était sortie du

patrimoine, sans y être précisément remplacée, on n'accordait plus la revendication utile, il y avait lieu seulement à la condictio *sine causa* ou *ex injusta causa*. (L. 6, D. h. t.)

Elle n'était donnée que pour la valeur dont le donateur s'était appauvri, et elle n'avait d'effet que jusqu'à concurrence de celle dont le donataire était enrichi. (Ulp., fr. 7, § 3 et 4, n. t.)

L'enrichissement s'apprécie lors de la *litis contestatio*, d'après l'état des choses au début de l'instance, et non au moment du jugement, « litis contestatæ tempore, » non rei judicatæ. » (L. 7 pr. et § 3, D. h. t.)

Si donc la donation consistait en une somme d'argent, la revendication était impossible dès que les espèces données s'étaient confondues avec celles du donataire, mais celui-ci devait rendre une somme égale à celle qu'il avait reçue.

Les actions que nous venons de voir n'étaient pas les seules qui compétaient à l'époux donateur. L'ancien Droit lui offrait encore un autre recours tout aussi efficace. Nous voulons parler du droit de rétention de la dot.

Après la dissolution du mariage, quand la femme ou ses héritiers, dans certains cas, la réclamaient, le mari avait le droit de la conserver à titre de gage ; et tant

qu'on ne lui avait pas restitué les dons par lui faits contrairement aux règles sévères de la prohibition.

Toutefois ce droit fut aboli par Justinien (L. 1, § 5, Cod. de rei uxor. act.)

III

LÉGISLATION POSTÉRIEURE AU SÉNATUS-CONSULTE D'ANTONIN CARACALLA.

La prohibition des donations entre époux reposait, nous le savons, sur un double motif. On avait voulu parer aux inconvénients d'une tendresse irréfléchie, et, en même temps, éviter que le divorce ne devint une perpétuelle menace aux mains des plus cupides.

Pourtant n'était-ce point aller trop loin que de proclamer en tous cas nulle la donation qu'un époux faisait à son conjoint, alors qu'elle avait le motif le plus réfléchi et le plus éclairé. Pour protéger les époux l'un contre l'autre, ne suffisait-il pas que la faculté de révocation appartint au donateur? D'ailleurs, le disposant pouvait confirmer par testament les donations prohibées; pourquoi exiger de lui une déclaration de volonté aussi formelle et ne pas se contenter d'un silence assez significatif?

Il y avait certainement dans cette législation une injustice qu'il fallait éviter.

Les jurisconsultes romains se mirent à l'œuvre et vers le commencement du IIIe siècle de l'ère chrétienne, on vit apparaître un sénatus-consulte qui donna satisfaction à tous les intérêts. Ce fut le sénatus-consulte d'Antonin Caracalla. Tel est du moins le nom sous lequel on le désigne d'habitude. Car il est attribué dans les textes tantôt à Septime Sévère, qui était alors chef de l'empire, tantôt à Caracalla, qui présenta le décret au sénat comme associé à l'empire. (L. 3 pr. L. 32 pr. et § 1, D. h. t.), tantôt enfin aux deux conjointement. (L. 3, D. h. t. Fragm. Vatit., § 294.) Du reste ces diverses désignations sont également justes et toutes s'appliquent au même sénatus-consulte.

Pourtant certains auteurs ont voulu tirer de cette diversité dans les textes, la conclusion qu'il y avait eu deux sénatus-consultes différents, à propos de notre sujet, l'un de Septime Sevère, et l'autre de son fils Antonin Caracalla. Cette opinion ne pouvait se soutenir. Car s'il y avait eu deux sénatus-consultes il en serait certainement resté trace dans les textes : or ils emploient indistinctement les diverses désignations que nous venons de mentionner, ce qu'ils n'auraient pu faire sans

inconvénient si toutes ne se rapportaient à un seul et même décret.

Comment d'ailleurs en douter lorsque dans la loi 32, Ulpien nous dit que sous le règne de Sévère, Caracalla fit voter un sénatus-consulte, « ut aliquid laxaret ex juris rigore, » expressions qui prouvent qu'alors l'ancien droit subsistait encore dans toute sa rigueur.

Il est donc hors de doute qu'il n'y a eu qu'un sénatus-consulte de rendu, en matière de donations entre époux, et qu'il fut tout au moins proposé par Caracalla.

Ulpien nous rapporte les termes du discours du fils de l'empereur au sénat. « Ait oratio fas est eum quidem qui donavit pœnitere, heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam ejus qui donaverit, durum et avarum esse. » (L. 32, § 2, nost. tit.)

Ainsi donc empêcher que des héritiers méconnaissent la volonté de leur auteur, en enlevant au conjoint survivant le témoignage d'affection qu'il tenait du défunt, tel fut le but du sénatus-consulte. La volonté de l'époux donateur restait désormais respectée après sa mort, sans qu'il fût besoin d'une dernière manifestation de sa part ; par cela seul qu'il était décédé sans avoir révoqué sa donation, on en concluait qu'il y avait là une persistance de volonté qui devait être réputée pour une ratification.

Depuis cette époque la donation fut donc permise

entre époux; mais l'expérience du passé avait montré le danger : à côté du mal fut placé le remède, la révocabilité.

La donation entre époux fut révocable *ad nutum*, soit expressément soit tacitement. Les époux pouvaient se gratifier de tous leurs biens, mais il était un droit auquel il leur était interdit de renoncer, c'était le *jus pœnitendi*.

Appliquer à la donation entre-vifs le *jus pœnitendi*, c'était l'assimiler à une autre institution : la donation à cause de mort. C'est ce que firent les jurisconsultes romains ; les donations entre époux furent soumises à la Falcidie, aux lois Décimaires, à la caducité au cas de crime emportant la confiscation des biens du donateur (l. 32, §§ 7 et 8, nost. tit.)

Signalons toutefois une différence qui se maintint entre la donation entre-vifs, entre époux, et la donation à cause de mort ; elle a trait à l'insinuation.

La donation entre époux devait être insinuée lorsqu'elle dépassait le taux de deux cents solides avant Justinien et de cinq cents depuis cet empereur ; il n'en était pas de même de la donation à cause de mort qui fut toujours dispensée de cette formalité.

Sur le sénatus-consulte de Caracalla, nous examinerons successivement les trois points suivants :

1° Conditions nécessaires pour la confirmation des donations faites entre époux ;

2° A quelles personnes et à quelles donations s'applique le sénatus-consulte;

3° Effet des donations entre époux sous l'empire du sénatus-consulte.

§ 1.

Conditions nécessaires pour la confirmation des donations entre époux.

Trois conditions principales étaient nécessaires pour la confirmation des donations entre époux : 1° le donateur devait être mort sans avoir révoqué sa donation ; 2° les époux ne devaient pas avoir divorcé depuis la donation ; 3° enfin le donataire devait survivre au donateur. (L. 8, C. n. t.)

Examinons successivement ces trois conditions : 1° La première condition pour la confirmation est que le donateur soit mort sans avoir usé de son droit de révocation ; que la mort soit naturelle ou la suite d'une condamnation, peu importe, l'époux innocent ne doit pas être puni des crimes de son conjoint (l. 27, C. n. t.)

D'ailleurs la révocation pouvait être expresse ou tacite ; ce que l'on recherchait avant tout, c'était l'accomplissement de la dernière volonté du défunt : Supremum accipere debemus pœnitentiam..... ut sit usque ad supremum exitum vitæ ambulatoria donatoris voluntas (Loi 32, § 3, D. h. t.)

Dans le doute, on devait se prononcer en faveur du maintien de la donation.

La penitentia pouvait s'induire des faits aussi bien que des paroles. — On la voyait dans l'aliénation du bien donné; une donation, un legs en faveur d'autres personnes étaient autant de faits suffisants pour démontrer l'intention de révoquer. On avait même à l'origine été plus loin, et l'hypothèque était considérée comme une révocation tacite de la libéralité ; mais Justinien déclara ce fait insuffisant pour la faire présumer. (Novel. 162, cap. 1, § 1.)

Mais voici une question d'interprétation qui n'était pas sans soulever certaines difficultés. Un esclave a été donné par l'un des époux à l'autre, puis il est institué héritier par le donateur. L'on sait que l'institution d'héritier d'un esclave par son maître emportait *ipso jure* la liberté. Eh bien ! dans notre espèce, devra-t-on maintenir la donation et regarder alors l'institution d'héritier comme faite à un esclave étranger, ou dire au contraire que l'institution a révoqué la donation? (L. 22, D. n. t.)

Ulpien se prononce pour le maintien de la donation ; l'institution d'héritier, dit-il, ne peut prévaloir qu'autant que le donateur manifesterait la volonté de révoquer la donation. — Si au contraire la donation faite à l'épouse était postérieure à l'institution, il y aurait là une révocation du don de la liberté fait à l'esclave.

2° La seconde condition pour que la donation soit confirmée est que les époux n'aient pas divorcé depuis la donation.

Le divorce en effet était une cause de révocation tacite « Divortio facto nec instaurato matrimonio, non confirmabitur inter virum et uxorum facta donatio. » (L. 62, D. h. t.) Ulpien, dit également que si le divorce a lieu après une donation ou que le donateur meure le premier on suivra l'ancien droit (l. 32, § 10), c'est-à-dire que la donation ne sera valable que si le donateur l'a confirmée expressément par ses dernières volontés.

On n'admettait donc pas, et avec raison, que l'*animus donandi* pût survivre au divorce, et cela sans qu'il y eût à distinguer entre le divorce *bona gratia* et le divorce *cum ira animi*.

Mais si, après le divorce, les parties s'étaient réunies une seconde fois et que le donateur vint à mourir sans avoir révoqué la donation, était-elle nulle ou valable à cause du rétablissement du mariage? Ulpien se prononce pour la validité, non sans hésitation toutefois, à en juger par la formule dubitative qu'il emploie « Potest defendi donationem valere. » (L. 32, § 1, D. h, t.).

Le divorce mettait obstacle à la confirmation des donations non-seulement lorsqu'il avait lieu par la volonté des époux, mais encore par la volonté du paterfamilias. — Voici dans quel cas.

Le paterfamilias pouvait, dans l'ancien Droit romain, envoyer le *repudium* à son gendre ou à sa bru. Ce *repudium* dissolvait le mariage absolument comme s'il eût émané de l'un des époux. C'était là un étrange abus de la puissance paternelle. Aussi, une constitution d'Antonin le Pieux vint-elle faire disparaître ce que l'on pourrait appeler à notre époque une monstruosité. (Paul, sent. 6, § 15.)

L'effet de cette constitution ne fut pas cependant d'enlever au paterfamilias le jus repudii ; mais à l'avenir le repudium du père n'eut plus le pouvoir de dissoudre le mariage. Il n'eut plus qu'une utilité : ce fut de révoquer les donations faites par le paterfamilias à son gendre ou à sa bru. (L. 32, § 19, D. h. t.)

C'est ainsi que deux beaux-pères pouvaient révoquer les donations faites entre eux. Ils s'envoyaient le repudium sans que cela pût nuire au mariage de leurs enfants. (L. 32, § 20, D. h. t.)

3° Enfin, la troisième condition nécessaire pour la valité des donations entre époux, était que le donataire ne mourût point avant le donateur.

Pour en apprécier la portée, il faut se rappeler combien l'idée romaine, qui considérait les membres de la famille civile, comme les formes diverses d'une existence unique, avait étendu la prohibition. Elle fit étendre

dans la même mesure le bénéfice du sénatus-consulte et les conditions auxquelles il était subordonné. Ainsi la donation faite par la femme à son beau-père était nulle ; elle devint valable dans la personne du beau-père s'il ne prédécédait pas ; s'il prédécédait, dans la personne de son fils héritier, pourvu que lui-même ne prédécédât point. (Ulp., fr. 32, § 16, 18, D. h. t.)

Lorsque le donateur et le donataire avaient péri dans le même accident sans qu'on sut lequel des deux avait succombé le premier, Ulpien, par une solution aussi humaine que correcte, décidait que les donations mêmes mutuelles étaient confirmées. Le sénatus-consulte en effet n'infirmait la donation que « si prior decesserit qui donatum accepit. » Or, cette preuve du prédécès ne pouvant être faite, la condition de la révocation ne s'était point accomplie. (L. 32, § 14, D. n. t.)

Le même principe appliqué à la fiction du postliminium, amenait un résultat également favorable.

§ 2.

A quelles personnes et à quelles donations le sénatus-consulte était-il applicable.

Le sénatus-consulte s'appliquait non-seulement au mari et à la femme, mais encore à toutes les personnes

frappées par la prohibition des donations entre époux. Il s'appliquait donc à celles qui tiennent à l'un ou l'autre des conjoints par l'unité de biens. « Nam quæ ratio donationem prohibuit, eadem beneficium datum imploravit. » (L. 32, § 16, D. h. t.)

C'est ainsi que toute donation faite par un beau-père à son gendre ou à sa bru restés sous sa puissance était confirmée, si le beau-père était mort après la dissolution du mariage de son gendre sans avoir révoqué sa donation.

De même deux beaux-pères purent se faire des donations valables, alors même qu'ils avaient chacun des époux sous leur puissance, car ces donations étaient validées par le prédécès du donateur, ou du fils, ou de la fille du donateur dont la présence faisait de la donation une donation entre époux. (L. 32, § 0.)

Les donations résultant d'un contrat de société, à moins qu'il n'ait été exécuté volontairement par une tradition ou une vente apparente, n'étaient point, jusqu'à Justinien, confirmées par la mort du donateur. car elles étaient frappées d'une nullité particulière, indépendante du mariage. (L. 32, §§ 24 et 25.)

Mais lorsque Justinien eut fait de la donation un contrat consensuel, les actions pro empto, pro socio, purent être exercées par le donataire ; ces donations de-

vinrent valables et purent être confirmées entre époux par le prédécès du donateur.

Nous avons vu que la donation entre époux avant le sénatus-consulte, était nulle de quelque manière qu'elle fût accomplie : dation, obligation ou acceptilation. On a nié que l'action réparatrice du sénatus-consulte ait été complète; et tandis que tous s'accordent pour en faire résulter la validité des donations par tradition, c'est, au contraire, entre les glossateurs, une question célèbre, que celle de savoir, si la donation d'une créance ou d'un titre libératoire, était considérée comme susceptible de confirmation.

L'affirmative ne nous paraît pas douteuse, lorsque nous considérons dans son ensemble la doctrine d'Ulpien, exprimée en termes très-clairs et très-précis dans les textes suivants.

Ulpien, exposant la théorie de la nullité et développant les applications variées du principe unique, s'exprime ainsi : « Sciendum autem est ita interdictum inter virum et uxorem donationem, ut et ipso jure nihil valeat quod actum est. Proinde, si corpus sit quod *donatur* nec traditio quicquam valet. Et si *stipulanti promissum* sit, vel *acceptolatum* nihil valet : ipso enim jure quæ inter virum et uxorem donationis causa geruntur nullius momenti sunt. (Ulp. fr. 3, § 10, D. h. t.)

Les trois modes principaux de la donation sont ici considérés, et l'on déclare la tradition impuissante à transférer la propriété ; la stipulation, à obliger celui qui promet, l'acceptilation à libérer le débiteur. Tel est le droit dans sa rigueur.

Les idées toutefois avec le temps se modifient. Caracalla adresse au sénat son Oratio et provoque un sénatus-consulte. Ulpien alors en détermine l'objet et signale l'étendue de ses conséquences : Oratio pertinet ad *omnes* donationes inter virum et uxorem factas, — il embrasse toute espèce de donation, — ut et ipso jure res fiant ejus cui donatæ sunt et *obligatio* sit *civilis :* de telle sorte que, selon l'efficacité du droit commun, à la mort du donateur, la tradition transfère la propriété, et la stipulation produit une obligation civile (l. 32, § 1, D. n. t.)

Il ne s'agit point d'un cas particulier, comme le prétendaient Cujas et Pothier ; les termes sont absolus : on réunit pour la confirmation, comme on avait réuni pour la nullité, ces deux formes de la donation qui correspondent à la double manière d'être des biens dans le patrimoine, au *jus in re* et au *jus ad rem.*

Du reste dans le § 23, de la même loi, la pensée d'Ulpien paraît plus saisissante encore : « Sive autem *res* fuit quæ *donata* est, sive *obligatio remissa,* potest

dici donationem effectum habituram : et generaliter universæ donationes quas impediri diximus, ex oratione valebunt. » — On a voulu voir dans l'application du sénatus-consulte, que fait Ulpien aux donations de corps certains, ainsi qu'aux remises de dettes une preuve de son intention d'en restreindre l'application à ces deux hypothèses ; mais une telle opinion est difficilement admissible après ces expressions, « generaliter universæ donationes quas impediri diximus, ex oratione valebunt. »

La loi 33 vient encore à l'appui des textes précédents, en appliquant le sénatus-consulte au cas où l'un des époux promet par stipulation une rente annuelle à son conjoint.

Enfin un rescrit de l'empereur Alexandre prévoit le cas où le mari fait, pendant le mariage, un acte dans lequel il porte la dot de la femme à une somme plus forte que celle qu'il a reçue effectivement.

Il fait ainsi une donation qui sera confirmée et qui rendra la femme créancière de toute la dot reconnue, si le mari a persisté jusqu'à la mort, pourvu d'ailleurs que les formalités aient été observées. (L. 2. 1. de dot. causa).

Ces textes prouvent d'une manière évidente que le sénatus-consulte comprenait toutes les donations entre époux, même celles consistant en une simple *obligatio*.

Un seul texte d'Ulpien paraît contraire à cette opinion, c'est la loi 23 à notre titre. Elle est ainsi conçue : « Papinianus recte putabat, orationem divi Severi ad rerum donationem pertinere : denique si stipulanti spopondisset uxori suæ, non putabat conveniri posse heredum mariti, licet durante voluntate maritus decesserit. »

On a conclu de là que Ulpien donnait son assentiment complet à la doctrine de Papinien et refusait de confirmer la donation faite par stipulation.

Il s'agit donc de voir si l'assentiment d'Ulpien à la première proposition s'étend également à la seconde.

En grammaire, il est évident, par la place de l'adverbe *recte* qu'il ne porte point nécessairement sur *non putabat*.

La construction même de la phrase semble s'y refuser, de telle sorte qu'elle serait moins claire et moins correcte au cas où il faudrait le sous-entendre.

Si l'on considère en outre que ce texte est ttré de ce même Ulpien dont nous avons vu les nombreuses décisions dans le sens contraire ; qu'il est comme elle, un fragment détaché d'une œuvre unique, l'on pourra juger si un texte ainsi construit, mutilé et incomplet suffit à convaincre ou même à faire soupçonner son auteur d'une contradiction.

On arrive donc ainsi à une solution satisfaisante, et

sans supprimer *recte*, l'on peut parfaitement expliquer la pensée d'Ulpien : il approuve seulement la première opinion de Papinien, relative aux donations par tradition, et désapprouve au contraire la seconde.

§ 4.

De l'effet des donations entre époux sous l'empire du senatus-consulte.

Sous l'empire du sénatus-consulte d'Antonin Caracalla, la prohibition des donations continua à subsister ; seulement lorsque toutes les conditions requises pour la confirmation étaient réunies, la donation était confirmée par la mort du donateur, et ses héritiers ne pouvaient l'attaquer parce que « Heredem eripere forsitan, » adversus voluntatem supremum ejus qui donaverit » durum et avarum esse. » (L. 32, § 2, D. h. t.)

Mais quel était l'effet de la donation jusqu'au jour de la ratification ? Pour l'apprécier, il suffit de se reporter à la donation mortis causa. — La mort du donateur survenue avant toute révocation, suffisant pour valider les donations entre époux, il en résultait que l'effet de cette donation était en suspens tant que rien ne faisait obstacle à la confirmation ; mais celle-ci, une fois accomplie,

ses effets remontaient à l'époque où avait eu lieu la donation, et l'on opérait comme si elle eût été valable dès l'origine. (L. 23, C, h. t.)

DES SECONDES NOCES.

Les règles que nous venons d'examiner n'avaient trait qu'aux premières noces ; il nous reste à voir quelles modifications elles subissaient lorsque l'un des époux se mariait pour la seconde fois.

Auguste, pour porter secours à l'Empire dont les forces vives se perdaient, avait, entre autres moyens, encouragé les secondes noces. Aussi les lois Julia et Pappia, Poppea qui avaient pour but l'augmentation de la population décimée par les guerres civiles, traitèrent elles les seconds mariages aussi favorablement que les premiers. Ils furent même l'objet d'une sollicitude particulière et ce fut pour les favoriser que l'on fit de la conservation de la dot une loi d'utilité publique : « Reipu- » blicæ interest mulieres dotes salvas habere, propter » quas nubere possent. »

Remarquons cependant que, sous les lois caducaires, on avait créé pour les nouveaux conjoints une quotité disponible spéciale, connue en doctrine sous le nom de théorie *des décimes*. On vou-

lait que ceux qui avaient des enfants d'un premier mariage, en eussent encore de leur seconde union. On avait donc institué pour favoriser la réalisation de ce vœu de la loi une capacité spéciale pour les époux au respect l'un de l'autre.

Si les époux avaient *un* enfant de leur commun mariage, leur capacité était entière ; ils pouvaient tout se donner. Si les enfants communs étaient morts, autant ils en avaient eu, autant ils pouvaient se donner de décimes l'un à l'autre, plus un tiers de leurs biens en usufruit. Si enfin ils n'avaient pas d'enfants communs ils ne pouvaient rien se donner à moins qu'ils n'aient eu des enfans d'un précédent mariage, auquel cas le donataire qui avait des enfants pouvait recevoir de son conjoint un dixième par enfant ; mais dans ce cas il n'avait pas droit au tiers en usufruit.

Le christianisme fut loin de prôner une pareille doctrine. Il loua au contraire la vertu de ceux qui gardaient à l'époux une fidélité plus forte que la mort, et consacraient leur vie et leur fortune à élever les enfants de leur unique union.

Dès lors les lois n'eurent plus pour but d'exciter à créer sans relâche de nouvelles familles ; elles tendirent bien davantage à conserver la famille existante.

La première tendance de la doctrine nouvelle se mani-

festa par l'extension du délai prescrit entre la mort du mari et un nouvel hymen ; le délai de dix mois qui avait pour but d'écarter la confusion de part, fut porté à une année par un sentiment de délicatesse et de convenance. (L. 2, C. de sec. nup.) On donna même à cette disposition une sanction énergique : la femme qui au mépris de la loi insulta à son premier mariage et entacha le second par l'impatience honteuse d'une viduité de quelques mois fut déclarée déchue des libéralités du défunt et incapable de donner à son nouveau mari plus du tiers de ses biens, même par donation à cause de mort ou par testament.

On alla plus loin encore et en l'an 382 de l'ère chrétienne les empereurs Gratien, Valentinien II et Théodose I^er^ édictèrent la constitution connue sous le nom de constitution *Feminæ quæ*, d'après laquelle la femme qui même après l'année de deuil convolait en secondes noces ne pouvait disposer en aucune façon des biens qu'elle avait reçus de son premier mari, soit comme don de fiançailles, soit par donation à cause de mort, legs ou fidéicommis.

La libre disposition des biens qu'elle recueillait dans la succession de l'un des enfants du premier mariage, décédé avant le convol, lui fut également refusée, la nue-propriété de ces biens passant aux frères et sœurs du

défunt. (L. 3, C. de sec. nup.) Par une juste réciprocité, en vertu d'une constitution émanée des empereurs Théodose II et Honorius, les enfants du second lit furent seuls admis à partager les biens provenant de la succession de leur père. (L. 4, C. de sec. nup.)

Enfin la constitution Generaliter rendue sous Théodose II et Valentinien III, étendit aux hommes veufs les dispositions de la constitution Feminæ quæ ; elle établissait en outre qu'à l'avenir les enfants du premier lit n'auraient plus besoin d'être héritiers du prémourant pour jouir du bénéfice introduit en leur faveur ; mais ils devaient se porter héritiers du survivant de leurs auteurs, décédé à son tour. (L. 5 pr., § 1, de sec. nup., Code.)

En l'an 426 parut une nouvelle constitution émanée des mêmes empereurs. On la désigne par ces mots : *Mater quæ*. Elle règle les droits de la mère à la succession de son enfant.

D'après cette constitution, la mère n'a droit qu'à l'usufruit des biens provenant des libéralités de son mari, lorsqu'ils se retrouvent dans la succession de l'enfant ; la nue-propriété est réservée aux enfants du premier lit. Quant aux autres biens, la mère conserve le droit de concourir, avec les frères et sœurs, pour une part en propriété.

Tout en enlevant au conjoint remarié la propriété des biens provenant du premier époux, les constitutions Feminæ quæ et Generaliter, lui reconnaissaient le droit de disposer de ces mêmes biens en faveur de tel ou tel enfant du premier lit. Justinien, par ses Novelles II, ch. I^er^ et XXII, ch. XXV, enleva à l'époux remarié le droit d'avantager l'un au détriment des autres.

Mais que devenaient les aliénations survenues entre le premier mariage et le convol en secondes noces ? Ce point ne fut réglé qu'au temps de Justinien par la Novelle. Elle décida que les aliénations faites pendant le veuvage par le survivant seraient révoquées pour le cas de convol, ou qu'au moins leur validité serait soumise au prédécès de tous les enfants du premier lit.

La nécessité de conserver aux enfants du premier lit les gains nuptiaux n'avait été, jusqu'à Justinien, établie que pour le cas de dissolution du mariage par le décès de l'un des époux. Justinien voulut qu'il en fût de même au cas de dissolution par le divorce. Cette nouvelle disposition ne pouvait évidemment s'appliquer qu'au cas de divorce bona gratia ; il était en effet le seul qui laissât subsister les donations préexistantes, encore fallait-il pour cela une nouvelle manifestation de volonté de la part du donateur.

Comme garantie de cette réserve, les enfants du pre-

mier lit avaient une hypothèque tacite sur les biens de la femme remariée. (L. 6, § 2, C. de sec. nup.) Justinien leur accorda la même garantie sur les biens du père qui avait convolé à de secondes noces. En cas de décès d'un enfant du premier lit, laissant lui-même des enfants, ceux-ci recueillaient, dans les gains nuptiaux, la part afférente à leur auteur.

Ce que nous venons de dire ne s'appliquait qu'au cas de second mariage. Justinien voulant assurer d'une manière plus efficace encore l'avenir des enfants du premier lit décida que les gains nuptiaux n'appartiendraient jamais qu'en usufruit à l'époux survivant, même non remarié. La propriété de ces biens se trouvait, en vertu de cette décision, immédiatement acquise aux enfants du donateur et transmissible à leurs héritiers.

La protection de la loi ne s'était pas bornée à accorder aux enfants du premier lit la fortune de leur auteur prédécédé ; elle avait de plus limité au tiers de ses biens la quotité que la veuve *infamis*, pour avoir convolé avant l'expiration du délai de deuil, pourrait laisser à son nouveau mari par testament ou donation à cause de mort ; c'était même tout ce qu'elle pouvait se constituer en dot (L. in fine C. de secund nup.)

Les empereurs Léon et Anthémius, en 469, généralisèrent cette défense et dans la constitution *Hac edictoli*

ils décidèrent d'une manière générale que tout conjoin-veuf, convolant à de nouvelles noces, ne pourrait dont ner à son nouveau conjoint qu'une part d'enfant le moins prenant. (L. 6, cod. de sec. nup.)

Toute libéralité supérieure à cette quotité disponible pouvait être réduite, sur la demande des enfants du premier lit. S'ils gardaient le silence, les enfants du second lit ne pouvaient intenter une action en réduction qui n'avait point été introduite en leur faveur.

ÉPOQUE GALLO-ROMAINE.

Les Romains, vainqueurs de la Gaule, imposèrent aux vaincus leurs mœurs et leurs lois. Ceci leur fut facile; comme ils rendaient la justice en vertu d'un édit qu'ils rédigeaient, ils eurent grand soin d'y faire prédominer l'élément romain.

Les Gaulois se soumirent donc peu à peu à la législation romaine. Il dut surtout en être ainsi lorsqu'au commencement du troisième siècle, Antonin Caracalla conféra le droit de cité à tous les habitants des provinces. Il est à peu près certain qu'à partir de cette époque la prohibition des donations entre époux fut appliquée en Gaule comme à Rome, ce qui eut lieu jusqu'au moment ou l'invasion des Barbares, en empêchant la publication du Code de Justinien dans les provinces d'Occident, bouleversa la législation ancienne.

ÉPOQUE GERMANIQUE.

On connaît peu de chose sur la législation des différents peuples que nous allons voir se succéder rapidement.

On sait toutefois que la loi des Ripuaires (tit. 48), permettait les donations entre époux, et que celle des Wisigoths ne les prohibait que pendant la première année du mariage.

La loi lombarde de Luitprand (ch. 102), se montrait plus rigoureuse.

D'après elle, toute donation entre époux était défendue, sauf deux exceptions : 1° Le mari pouvait donner une dot, *meta*, à sa femme. Mais il est à remarquer que cette permission ne constituait pas une véritable exception à la règle. La dot, en effet, précédait le mariage, et elle devait d'autant moins être comprise dans la prohibition, que chez les peuples germaniques elle avait un caractère tout particulier. Chez eux, en effet, la dot

fournie par le mari, était le prix du *nundium* qu'il acquérait sur sa femme, prix qui, à l'origine, était payé non à la femme elle-même, mais à sa famille. — On conçoit donc facilement que dans de telles conditions la dot ait été exceptée des rigueurs de la loi ; 2° En outre, suivant un usage commun à presque tous les peuples barbares, le mari pouvait faire à sa femme, le matin qui suivait la première nuit du mariage, un présent appelé « morgane ghiba, » présent du lendemain, accordé « ob præmium defloratæ virginatis. » Comme la veuve ne pouvait y prétendre, on l'avait remplacé pour elle par le *abend gabe,* don du soir.

C'était là, comme on le voit, une véritable exception au principe de la prohibition des donations entre époux pour qu'au moment ou le *morgane ghiba* et le *abend gabe* intervenaient le mariage était consommé.

Les Francs saliens, du moins, suivant toute probabilité, avaient une législation autre. M. Pardessus, dans son livre des textes de la loi salique (p. 698-699), essaie d'établir les principes suivants :

1° Chez eux, les donations entre époux étaient permises et cela sans conditions de réciprocité.

2° Elles étaient irrévocables, pouvaient comprendre tous les biens du donateur, mais n'étaient pas transmissibles aux héritiers du donataire.

Quant aux seconds mariages, ils étaient vus avec défaveur (Tacite, Germania, cap. XVIII, XIX). Et comme la

fidélité de la femme à son premier époux devait survivre au mariage lui-même, la loi salique punissait d'une peine pécuniaire, la veuve qui convolait à de secondes noces. 1° Elle était privée, au profit des enfants du premier lit, de tous les biens qu'elle tenait de son premier époux à tout autre titre que celui de dot, et peut être de morgane ghiba ; 2° elle devait en outre payer à la famille de son premier mari, des dommages-intérêts proportionnels à la dot qu'elle avait reçue de lui : ordinairement un solidus sur dix ; 3° Enfin le nouvel époux à l'origine était redevable au plus proche parent mâle du premier mari de trois solidi, plus un denarius pour prix du nundium qu'il lui enlevait. (Pardessus, t. VII, loi salique, p. 687).

DES DONATIONS ENTRE ÉPOUX DANS LES PAYS DE DROIT ÉCRIT.

Toutefois, il faudrait se garder de croire que l'invasion des Gaules par les barbares ait eu pour résultat de faire disparaître en entier le droit romain. Il n'en fut rien : les vainqueurs respectèrent les lois des vaincus et toutes ces législations si différentes les unes des autres n'en continuèrent pas moins de subsister en même temps.

Du reste ce respect des Germains pour la loi d'un peuple qu'ils venaient de battre était absolument conforme à l'esprit de leur législation : elle proclamait en effet que le droit est personnel et non territorial et que l'individu, d'où qu'il vienne, est libre de choisir la loi sous laquelle il veut vivre.

Dans les provinces du midi où le droit romain était plus enraciné, son influence fut plus grande encore, et l'on vit des rois barbares abandonner leurs vieilles traditions pour venir s'incliner devant une législation qu'ils considéraient comme supérieure à la leur. Ils allèrent même plus loin et certains d'entre eux, à différentes reprises publièrent des compilations de droit romain tirées surtout du Code Théodosien : telles furent le Papien chez les Burgondes et le Bréviaire d'Alaric chez les Wisigoths.

Cette différence qui commençait dès l'origine à poindre entre le nord et le midi s'accentua davantage encore avec le temps. Cela se conçoit d'autant mieux que dans le premier dominait l'élément germain tandis que dans le second l'élément principal de la population était gallo-romain.

Aussi au x^e^ siècle, lorsque la féodalité toute puissante, eut rendu la loi territoriale de personnelle qu'elle était et que le seigneur dans ses domaines eut appliqué à tous ses vassaux quels qu'ils fussent, une loi unique, on vit la distinction entre *les pays de coutume* qui rejetaient le

droit romain et *les pays de droit écrit* qui n'admettaient que lui, nettement déterminée.

L'antagonisme entre ces deux législations rivales se fit surtout sentir en notre matière. La conservation héréditaire du patrimoine territorial dans les familles étant la condition essentielle de l'organisation féodale des pays du nord, le droit qui régissait les donations entre époux devait surtout tendre, par de dures prohibitions, à empêcher que le patrimoine de l'un des conjoints n'aille grossir le patrimoine de son conjoint, et enrichir ainsi une famille aux dépens de l'autre.

Au contraire dans les pays de droit écrit où ces raisons n'existaient pas, les donations entre époux n'étaient prohibées que dans les limites tracées par le sénatus-consulte de Caracalla.

Au XII^e^ siècle la découverte à Amalfi des Pandectes et des Novelles de Justinien fit pénétrer en France la législation Justinienne qui jusqu'alors y était à peu près inconnue.

Ce fut à cette époque qu'on vit apparaître *l'augment de dot* et *le contre augment*.

L'augment de dot était le droit concédé à la femme survivante, de prélever dans la succession de son mari, une certaine somme en outre de sa dot. Quant au quantum de l'augment, il variait avec la nature et la quotité de la dot. La dot était-elle mobilière, l'augment était de

moitié de la valeur de la dot. Etait-elle immobilière, il n'était que du tiers. Toutefois il est bon d'observer que l'augment n'appartenait en *pleine* propriété à la femme qu'autant que son union était restée stérile ; si au contraire des enfants survivaient elle n'avait qu'un simple droit d'usufruit, qui pouvait pourtant se changer en une part virile, en pleine propriété, part calculée d'après le nombre des enfants, mais au cas seulement où la *veuve ne se remariait pas.*

On conçoit aisément pourquoi cette exception avait été admise. Les enfants ne devaient rien y perdre, et ce qu'ils ne trouveraient pas dans la succession de leur père, ils étaient assurés de le reprendre dans la succession de leur mère.

A côté de l'augment de dot, se dévoloppa au profit du mari un droit analogue et parallèle, le contre augment.

Toutefois, à défaut de dot, il ne pouvait y avoir ni augment ni contre augment. On appliquait alors la Novelle LIII chap. VI, d'après laquelle le conjoint pauvre avait droit au quart des biens de la succession de son conjoint prédécédé.

Les provinces du midi continuèrent à appliquer les principes du droit romain, en ce qui concerne les premières et les secondes noces, pendant toute la durée de l'ancienne législation.

DES DONATIONS ENTRE ÉPOUX DANS LES PAYS COUTUMIERS.

Section Ire.

Le cours des temps avait amené le droit romain, en ce qui concerne les donations entre époux, à une liberté sage et raisonnée ; et l'on pourrait croire qu'il produisit une grande influence sur les peuples de droit coutumier qui se trouvaient dans un contact journalier avec les pays de droit écrit. Il n'en fut rien. Les coutumes en effet qui dérivent de la tradition et des usages locaux se ressentirent toujours des mœurs et des habitudes des populations qu'elles devaient régir. Elles demeurèrent fidèles à leur origine; c'est ce qui explique pourquoi jusqu'à la loi moderne, elles présentèrent une si grande variété. Cette diversité, en ce qui concerne notre matière, se rencontre dès l'origine.

C'est ainsi que tandis que Beaumanoir dans le Coutumier de Beauvoisy (ch. xii, 4) pose en principe que « li hom pot lessier à sa feme ou la feme à son seignour, » les établissements de saint Louis, au contraire, et les Assises de Jérusalem (cour des Bourgeois, ch. 153) ne permettent les avantages de la femme au mari que par testament et lorsqu'il n'y a pas d'enfant mâle.

Le motif qu'ils en donnent est cette crainte que la donation faite par la femme ne soit pas l'expression de sa volonté libre et éclairée et qu'elle ne cède à deux sentiments capables de l'égarer : la crainte et l'amour. Aussi le don mutuel entre époux était-il permis parce que « autant en amende l'un que l'autre. » (Bouteiller, Somme rurale, I, 99.)

D'ailleurs, à quelque époque du droit coutumier que l'on se place, on trouvera toujours entre les coutumes la plus grande diversité ; et lorsqu'elles furent arrivées à leur dernière phase, Pothier les groupait encore, par rapport aux libéralités entre époux, en quatre grandes classes.

Les unes plus absolues que ne le fut jamais le droit romain, interdisaient les donations entre-vifs, et jusqu'aux libéralités testamentaires. Elles ne permettaient qu'une seule sorte de libéralité entre époux, le don mutuel.

Les autres, en permettant le don mutuel, distinguaient entre la donation et le testament. La donation était sévèrement proscrite, quant au testament il était en général permis, sauf certaines distinctions. Ainsi, la coutume de Mantes, défendait entre époux les libéralités par testament lorsqu'il y avait des enfants ; celles de Chartres, Chateauneuf, Péronne, les autorisaient au contraire, même dans ce cas. La coutume de Reims ne permettait aux conjoints de se léguer que leurs meubles et conquêts ;

les coutumes de Péronne, Ponthieu, Dreux, Chartres, Chateauneuf leur permettaient au contraire de se donner par testament, tout ce qu'ils pourraient donner à un étranger.

Une troisième classe comprenait les coutumes des provinces qui, voisines des pays de droit écrit, avaient subi l'influence du droit romain, et qui, comme celle de Touraine, pour le cas où les conjoints n'avaient pas d'enfants, et celle de Poitou, dans tous les cas, permettaient tout à la fois, le don mutuel, les libéralités testamentaires et les donations entre-vifs, révocables pendant la vie du donateur, confirmées par son prédécès.

Enfin une quatrième classe, comprenait les coutumes qui permettaient aux époux une donation entre-vifs ordinaire : la restriction ne portant que sur la quotité disponible. Au nombre de ces coutumes se place la coutume de Normandie (art. 429). Elle permettait au mari de donner à sa femme par testament et aussi, suivant Basnage, par acte entre-vifs, une certaine portion de son mobilier. Cette portion variait suivant que les époux, avaient où n'avaient pas d'enfants. Dans le premier cas ils ne pouvaient disposer au profit l'un de l'autre que d'une portion de leur mobilier équivalente au tiers de leurs immeubles, dans le second cas leur quotité disponible était de moitié. Il résultait de là, qu'à défaut d'immeu-

bles, le mari ne pouvait faire à sa femme aucune espèce de libéralité.

Comme la raison politique, bien plus encore que l'intérêt des héritiers, était la cause des limites apportées aux donations entre époux, il en résultait que toute ratification faite par les intéressés était nulle comme la donation elle-même ; l'ordre public voulait qu'il en fût ainsi. (1)

Ces différentes dispositions des coutumes, formaient des statuts réels, indépendant du domicile des époux ; ceux-ci étaient donc soumis à des règles diverses lorsque leurs biens étaient situés dans des provinces régies par des lois différentes : ainsi le Normand qui ne pouvait léguer à sa femme ses immeubles de Paris, pouvait disposer pour elle de ses propriétés de Chartres.

Le domicile au contraire influait sur la disponibilité des meubles qui, n'ayant pas d'assiette fixe étaient légalement situés au domicile de leur propriétaire.

Comme on a pu s'en rendre compte par l'exposé des différentes espèces de coutumes, le principe général dominant était la prohibition des donations entre époux.

Sous ce rapport la coutume de Paris se recommande particulièrement à notre attention, et si elle présente

(1) Dumoulin, sur l'art. 156 de l'anc. cout de Paris — Contrat cout. de Bourgogne. Chapitre IV, art. 7.

certaines divergences de détails, elle n'en a pas moins avec les autres coutumes des rapports nombreux et importants qui la font généralement choisir comme type de l'expression de notre ancien droit français.

Les donations entre époux, le don mutuel excepté, étaient défendues par l'art. 282 de la coutume de Paris.

« Homme et femme conjoints par mariage, constant icelui, ne se peuvent avantager l'un l'autre par donation entre-vifs, testament ou ordonnance de dernière volonté, ni autrement, directement ni indirectement, sinon par don mutuel comme dessus. »

La prohibition s'appliquait donc à tous conjoints, sous quelque régime qu'ils soient mariés. Elle s'étendait même à ceux qui étaient unis par un mariage nul en droit, et tant que la nullité n'avait pas été prononcée.

Bien plus, comme on ne voulait pas que les personnes entre lesquelles existait un commerce contraire à la morale fussent mieux traitées que celles qui étaient légitimement mariées on avait admis la maxime : « Don de concubin à concubine ne vaut. » (Art. 132, ordonn. de 1629.)

La prohibition frappait, comme en droit romain, toute libéralité faite par donation ou testament et affectant soit une forme directe, soit une forme déguisée. Certaines coutumes allaient même plus loin et ne per-

mettaient pas aux époux de contracter entre eux. C'est ce que dit Dumoulin (art. 156 de l'anc. cout. de Paris.) « Nullum contractum etiam reciprocum facere possunt » conjuges, nisi ex necessitate. »

Toutefois lorsque contrairement aux dispositions de la loi les époux s'étaient fait des libéralités, elles étaient frappées de nullité.

Les effets de cette nullité variaient suivant que la libéralité avait été faite :

I° Directement ; II° Indirectement.

I° *Directement.* — Quatre cas principaux sont à examiner :

1° L'objet donné était-il un immeuble, la tradition n'ayant pu en transférer la propriété, l'action en revendication était donnée au donateur ou à ses héritiers contre tout détenteur. Cette action en revendication pouvait être intentée contre le donataire et ses héritiers, ou contre un acquéreur de bonne foi. *Dans le premier cas*, comme les détenteurs ne possédaient qu'en vertu d'un titre vicieux, ils étaient incapables de prescrire et tenus de tous les fruits recueillis dans les trente années qui avaient précédé la demande ; ils pouvaient en outre être condamnés à des dommages intérêts pour dégradations. *Dans le second cas*, comme le titre du détenteur n'était pas entaché du même vice, il n'était responsable que de

ses dégradations et ne devait compte que des fruits perçus depuis la demande.

2° L'objet donné était-il un meuble, le donateur pouvait intenter contre le donataire et ses héritiers une action en revendication ou une action personnelle. Le donataire et ses héritiers étant, comme dans le cas précédent, possesseurs de mauvaise foi, ne pouvaient prescrire. Quant au tiers-acquéreur, il pouvait invoquer en sa faveur une prescription de trois ans, laquelle seule était capable de lui faire acquérir la propriété ; à son défaut, qu'il fût de bonne ou de mauvaise foi, il devait être évincé. A cette règle une seule exception avait été apportée et si l'acquisition du meuble revendiqué avait eu lieu dans une foire ou un marché, le donateur ne pouvait évincer l'acquéreur qu'en lui remboursant le prix d'acquisition.

Lorsque la donation consistait en une somme d'argent ou en un meuble qui n'existait plus, le donateur n'avait, dans ce cas, qu'une action personnelle en dommages-intérêts.

3° L'objet donné consistait-il en une chose incorporelle, telle qu'une créance? La signification du transport faite au débiteur ne l'empêchait pas de se libérer valablement entre les mains du donateur.

S'il payait néanmoins le donataire, le donateur n'avait

plus alors que la ressource de l'action personnelle.

4° Enfin, la libéralité consistait-elle dans la remise d'une dette? le débiteur n'était pas libéré ; dans un legs? le légataire n'avait pas d'action.

II. — *Indirectement.* — Pothier groupait les libéralités indirectes entre mari et femme en trois classes (Traité des Donations, chap. II).

1° La libéralité pouvait se masquer sous la forme d'un contrat à titre onéreux. — Pour éviter les fraudes, on interdisait entre époux les contrats à titre onéreux.

2° Les époux pouvaient encore dissimuler une donation sous l'apparence de tout autre acte : reconnaissance d'un apport mobilier plus ou moins fort qu'il ne l'était réellement, fausse énonciation du prix de vente d'un propre, etc. Ces diverses libéralités, lorsqu'elles étaient connues, étaient frappées par la prohibition, et le donataire devait rendre à son conjoint le profit qu'il en avait retiré.

3° Enfin les époux pouvaient avoir recours à une interposition de personnes.

Si la Coutume de Paris n'établissait *a priori* aucune interposition de personnes, il n'en était pas de même des autres coutumes. L'art. 226 de la coutume du Bourbonnais et l'art. 28. chap. 14 de la coutume d'Auvergne, considéraient comme personnes interposées : les héritiers présomptifs du mari, si la donation avait été faite

par la femme ; de la femme, si la donation avait été faite par le mari. En outre, on admettait le donateur ou ses héritiers à faire la preuve de l'interposition, tant par titres que par témoins ; on permettait même aux héritiers du donateur de déférer le serment au donataire ou au légataire apparent.

Section II.

Du Don mutuel.

Les rigueurs de la prohibition des donations entre époux, avaient été quelque peu tempérées par le don mutuel, libéralité d'origine coutumière, mais qui présente une notable analogie avec la faculté d'augmenter proportionnellement la dot et la donation « propter nuptias. »

Le don mutuel était permis par la plupart des coutumes, absolument ou à de certaines conditions. Les conditions en général étaient ou l'absence d'enfants communs, ou l'obligation pour le survivant de ne pas se remarier. (Voir Coutumes de Paris et d'Orléans).

Certaines coutumes, cependant, faisant exception à la règle, avaient admis la maxime. « Don mutuel n'a point lieu et ne peuvent deux conjoints par mariage donner

aucune chose l'un à l'autre. » (Coutume de Chartres, tit. III, art. 14).

Quant à la quotité dont on pouvait disposer par don mutuel, les coutumes présentaient la plus grande diversité.

La majorité (Paris, Orléans, etc.) limitaient le don mutuel aux biens de communauté ; quelques-unes l'étendaient à tous les meubles propres ou conquêts ; et certaines, en plus petit nombre, jusqu'aux immeubles propres.

Ces divisions en recevaient de plus spéciales encore.

Ainsi, d'après le droit commun, on ne pouvait donner que l'usufruit de la communauté ; quelques coutumes permettaient d'y ajouter la nue-propriété des conquêts, meubles et même immeubles. Le plus grand nombre, d'accord avec celle de Paris, voulaient entre les donations l'égalité dans la quotité ; d'autres, comme celles de Tours (art. 243, et d'Anjou, art. 327), se contentaient de l'égalité dans la nature des biens. A Paris, à Orléans, on exigeait une caution bonne et suffisante ; dans le Grand Perche on se contentait du simple serment, à Blois, on ne demandait de garanties qu'en cas de convol.

Enfin, à Paris, le donataire devait demander la délivrance de son don; dans le Bourbonnais il était saisi

de plein droit du jour de la mort du donateur ; dans d'autres coutumes du jour où il avait donné caution.

Ces notions générales sur les diverses coutumes étant données, nous pouvons entrer maintenant dans l'étude de la coutume de Paris que nous devons plus particulièrement examiner :

Nous nous demanderons successivement :

1° Ce qu'était le don mutuel, son caractère :

2° Quelles étaient les personnes qui pouvaient faire un don mutuel et quelles choses ce don pouvait comprendre ;

3° Quelle était la forme et les conditions du don mutuel ;

4° Quels étaient ses effets ;

5° Du don mutuel dans le contrat de mariage des enfants.

§ 1.

Définition du droit mutuel.

Pothier définit le don mutuel : « Un don entre-vifs, égal et réciproque, que deux conjoints par mariage se font réciproquement l'un à l'autre, et, en cas de survie, de l'usufruit des biens de leur communauté, aux charges portées par les coutumes.

Cette définition, empruntée à l'art. 280 de la coutume de Paris n'est-elle point contradictoire ? l'égalité dans un

don mutuel n'est-elle point exclusive du don ? Certains auteurs le prétendaient et Ricard considérait le don mutuel comme un véritable contrat aléatoire.

Pourtant cette opinion n'était pas suivie : elle était contraire d'abord à l'intention des parties, qui voulaient se faire l'une à l'autre une libéralité, et en outre à la réalité, puisque à la mort du donateur son conjoint recevait un usufruit de biens qui, sans l'intention libérale, ne lui auraient jamais appartenu. Les conditions, il est vrai, dont dépendaient la libéralité, la rendaient moins désintéressée, sans toutefois lui enlever complètement son caractère. D'ailleurs l'ordonnance de 1731 en soumettant le don mutuel à la formalité de l'insinuation (art. 20) en avait ainsi nettement déterminé le caractère.

Si le don mutuel est une vraie donation l'*irrévocabilité* est de son essence ; et cela se conçoit, car si chacun ou l'un des époux avait la faculté de révocation, le don pourrait à chaque instant cesser d'être mutuel.

Toutefois l'irrévocabilité de la libéralité est loin dans ce cas d'être aussi parfaite que celle d'une donation entre-vifs ordinaire, puisque, ne se composant que de biens à venir, elle ne se fixe et ne se détermine qu'à la mort du disposant.

Ce don doit en outre être *mutuel*, c'est-à-dire, que les deux époux doivent se donner l'un à l'autre une certaine

portion de biens : donnant donnant ; cette portion doit même être mathématiquement égale des deux côtés, c'est-à-dire, que les biens doivent être de même valeur et de même nature.

Enfin, pour qu'en aucun cas le mari ne puisse s'avantager au détriment de la femme et réciproquement, il faut que les chances de survie soient aussi égales que possible. Certaines coutumes allaient même jusqu'à exiger l'égalité ou presque l'égalité d'âge des époux. (1) Celle de Paris était moins exigeante et demandait seulement que chacun des époux pût avoir quelque espérance de survivre à l'autre.

Si donc l'un d'eux faisait un don mutuel, durant une maladie, le don était nul. Revenait-il à la santé ? Duplessis voulait que la libéralité fût confirmée « velut ex novo consensu, » lorsqu'elle n'avait pas été révoquée ; Pothier, au contraire, soutenait qu'elle n'en restait pas moins nulle en vertu du principe : quod nullum est ab initio non potest confirmari.

(1) Coutume d'Auxerre, art. 222 et de Bar, art. 163.

§ 2.

Personnes qui pouvaient faire un don mutuel. — Choses qu'elles pouvaient donner.

Les époux seuls pouvaient se faire un don matuel, et si le mariage qu'ils avaient contracté était annulé, le don mutuel qu'ils s'étaient fait tombait également, parce que leur volonté libérale avait été déterminée par une fausse cause. Toutefois la solution était autre lorsque leur bonne foi était constante, le mariage putatif produisant, dès ce temps là, tous les effets du mariage civil.

Il ne suffisait pas d'être « homme et femme conjoints par mariage, » selon l'expression de la coutume, pour pouvoir se faire un don mutuel, il fallait de plus que les époux fussent communs en biens à l'époque du décès. Il ne pouvait donc y avoir de don mutuel entre ceux qui étaient séparés de biens contractuellement ou judiciairement, ou qui avaient adopté un régime exclusif de communauté. Mais la femme qui renonçait a la communauté ne perdait pas pour cele son don mutuel, parce que sa renonciation n'empêchait pas qu'il y eût eu communauté.

Enfin les conjoints, même mineurs, pouvaient se faire un don mutuel parce qu'ils ont toujours été réputés

majeurs en ce qui concerne le mariage, et que d'ailleurs, une pareille libéralité ne pouvait compromettre en rien leur fortune personnelle.

A quels biens s'appliquait le don mutuel ?

Aux termes de l'art. 280 il s'appliquait le plus souvent à l'usufruit de la part de chacun des époux dans la communauté et à la jouissance des meubles et conquets faits durant le mariage.

Etaient par suite exclus :

1° Tous les meubles propres des époux.

2° Les acquets faits avant le mariage.

Quant aux biens mis en communauté par une clause d'ameublissement, il pouvait être mutuellement donné.

Lorsque les héritiers de la femme prédécédée exerçaient un droit de reprise sur l'apport de la femme, en vertu d'une stipulation faite à leur profit dans le contrat de mariage, le mari donataire mutuel n'avait pas de droit à la jouissance de cet apport. C'est que dans cette hypothèse, où les héritiers de la femme renoncent pour reprendre son apport, c'est évidemment que cet apport est plus considérable que la moitié de la communauté ; le don mutuel doit donc être nul dans ce cas, pour défaut d'égalité.

La nullité était absolue; seule la coutume de la

Marche, en cas d'inégalité dans le don mutuel, se contentait d'une réduction à l'égalité.

§ 3.

Forme et conditions du don mutuel.

Le don mutuel devait être fait devant notaire, par un seul et même acte. Ricard, cependant, pensait qu'il pouvait y avoir deux actes, se référant l'un à l'autre ; mais cette opinion était repoussée par Pothier.

Dans les quatre mois de la date du contrat le don mutuel devait être insinué. Il est vrai que passé ce délai, l'insinuation pouvait encore être faite, mais dans ce cas, si la femme mourait avant l'accomplissement de cette formalité, ses héritiers pouvaient en opposer le défaut au mari. (Ordon. de 1731, art. 17). Ceci d'ailleurs se conçoit parfaitement, l'insinuation ayant pour but d'éclairer les héritiers du donateur sur l'état *réel* de la succession.

Telles étaient les seules formalités imposées au don mutuel, l'ordonnance de 1741 l'ayant exempté des formes ordinaires du don entre-vifs. (Art. 46).

Il importe toutefois d'observer qu'à ces prescriptions nécessaires, quant à la forme, il fallait, au fond, ajouter les deux conditions suivantes : 1° la survie du donataire,

et cette première condition était remplie aussi bien par la mort civile que par la mort naturelle du donateur ; 2° l'inexistence d'enfants, soit des deux conjoints, soit de l'un d'eux seulement. (Art. 280 Cout. de Paris).

Ce terme *d'enfants* était générique et sans acception de degré. Mais la seule présence d'enfants lors du décès ne suffisait pas pour faire défaillir la condition ; il fallait de plus que la donation leur portât préjudice : aussi ne comptait-on pas comme enfants, selon l'esprit de la coutume, ceux qui n'étaient point héritiers, soit qu'ils fussent bâtards ou justement exhérédés, soit qu'ils eussent perdu leur état civil avant la mort du prédécédé, par la profession religieuse ou par une condamnation capitale.

Il suffisait au conjoint survivant de prouver le don mutuel. C'était aux héritiers du prédécédé d'établir contre lui l'existence, lors du décès, des enfants qui empêchaient son effet.

§ 4.

Effets du don mutuel.

Voilà le don mutuel ouvert, rien ne fait plus obstacle à sa réalisation, comment le donataire va-t-il entrer en possession de la libéralité ? C'est ce que nous indique l'art. 284 de la coutume de Paris. L'époux survivant

n'est pas saisi de plein droit de l'objet du don mutuel, il faut qu'il en demande la délivrance, car il est de principe que « don mutuel de soit ne saisit, ains est sujet à délivrance. »

Aucune convention particulière ne pouvait faire exception à cette règle générale établie en faveur de l'héritier qui, jusqu'au jour de la demande en délivrance jouissait des fruits des biens donnés par lui perçus. Cette jouissance ne cessait que du jour où le donataire avait présenté caution suffisante (art. 285). Toute clause qui l'en aurait dispensé était nulle, mais n'anéantissait pas la donation.

Les droits du donataire mutuel saisi étaient les mêmes que ceux d'un usufruitier ordinaire, de la part du prédécédé dans les biens de la communauté.

Si les biens étaient grevés de dettes, le survivant et l'héritier n'avaient droit, le premier à l'usufruit, le deuxième à la nue-propriété, que sur ce qui restait, déduction faite des dettes. Mais il est évident que le donataire n'était tenu que des dettes de communauté. Ainsi la femme ne souffrait aucune diminution à raison d'un douaire préfix, car il n'était pas une dette de communauté.

Il était néanmoins une obligation spéciale qui, sans grever la communauté, atteignait le donataire mutuel :

c'étaient les frais de funérailles et de deuil de la veuve ; il devait en faire l'avance pour le tout, sans égard à la portion qu'il recueillait dans la communauté, portion avec laquelle cette dette n'avait aucune relation.

Au surplus, l'usufruit du donataire mutuel était soumis aux mêmes charges et s'éteignait par les mêmes causes que tout autre usufruit.

Le convol du survivant n'était donc pas une cause d'extinction de cet usufruit, à moins que la déchéance n'ait été prononcée par une clause spéciale et expresse.

§ 5.

Du don mutuel dans le contrat de mariage des enfants.

Outre le don mutuel qui vient d'être analysé la coutume de Paris permettait encore aux conjoints une autre espèce d'avantage, également mutuel.

L'art. 281 (Cout. de Paris) qui avait pour but d'en régler les conditions était ainsi conçu :

« Père et mère mariant leurs enfants peuvent convenir que leurs dits enfants laisseront jouir le survivant des dits père et mère, des meubles et conquêts du prédécédé, la vie durant du survivant, pourvu qu'il ne se remarie, et

n'est réputé tel accord avantage entre les dits conjoints. »

Cette faveur accordée aux époux ayant des enfants, avait principalement pour but d'encourager les parents à marier leurs enfants et à les doter en les mariant.

On les récompensait du sacrifice pécunaire qu'ils faisaient pour la dotation en les autorisant à se faire une libéralité dans laquelle on retrouve la plupart des caractères essentiels du don mutuel ordinaire. Elle devait être en effet égale, réciproque, subordonnée à la condition de survie, soumise aux mêmes charges que le don mutuel, elle consistait également en usufruit.

Il y avait toutefois des traits particuliers qui caractérisaient cette libéralité et la différenciaient du don mutuel ordinaire.

Et d'abord, loin d'être soumise à la condition qu'il n'existât aucun enfant des conjoints, elle en exigeait au contraire la présence. Ici, en effet, le contrat embrassait comme parties, le mari, la femme et leur enfant. Les époux ne s'adressaient pas directement l'un à l'autre la libéralité, mais ils convenaient entre eux et avec leur enfant, que celui-ci laisserait au survivant la jouissance des biens.

De plus, cette convention était subordonnée au mariage de l'enfant commun. Elle devait être faite dans

son contrat de mariage et apposée comme condition de la dot que le père et la mère lui constituaient.

Enfin il importe de remarquer que pour l'application de ce nouveau don mutuel, il fallait que la constitution de dot eût été faite conjointement par les père et mère. Ceci était conforme au motif qui avait fait organiser ce genre de libéralité : le bénéfice de la donation n'étant accordé que *comme récompense* ne pouvait revenir à des époux dont l'un n'avait pris aucune part à la constitution de dot.

C'était une question controversée que celle de savoir si, dans le contrat de mariage de leurs petits-enfants les époux pouvaient stipuler un don mutuel.

Pour résoudre cette question deux hypothèses sont à distinguer : 1° l'enfant dont est issu le donataire doté était-il mort avant le contrat de mariage, on s'accordait en général à reconnaître qu'aux termes de l'art. 284 le grand-père et la grand'mère pouvaient se faire un don mutuel. Ils étaient même plus dignes de faveur que les père et mère, puisqu'après avoir doté et marié leurs enfants ils dotaient encore leurs petits-enfants. 2° Mais la difficulté devenait plus sérieuse lorsque l'enfant du premier degré existait encore lors du mariage du petit enfant. Et voici pourquoi : c'est que le petit enfant, en recevant la dot, ne pouvait ni renoncer à la part de com-

munauté de son aïeul ou aïeule, puisqu'il était primé dans cette succession par son père, ni renoncer à celle de son père puisque ce n'était pas lui qui constituait la dot. Pothier néanmoins tournait la difficulté et validait la convention par application de la maxime. « Donatum filio videtur donatum patri. »

Un dernier trait caractérise le don mutuel de l'art. 281 et le distingue profondément du don mutuel ordinaire : un nouveau mariage entraîne, pour le survivant, déchéance de la libéralité. Cependant la rigueur du droit n'allait pas jusqu'à lui demander compte des fruits consommés de bonne foi, pendant sa viduité.

Section III.

De l'édit des secondes noces.

Les règles que nous venons d'étudier n'étaient suivies que dans les premières noces. Quant aux seconds mariages, ce fut seulement en 1560 que François II, sous l'inspiration du chancelier L'Hopital, régla dans l'édit célèbre *des secondes noces* la législation sur ce point.

L'édit que des considérations puissantes de protection pour l'enfant du premier lit avaient provoqué, réglait

le disponible entre époux dans deux situations très-différentes :

1° Avant le mariage et pour les donations que les futurs voulaient se faire par leur contrat :

2° Pendant le mariage.

1° *Avant le mariage.* — D'après le texte de l'édit interprété par la doctrine et la jurisprudence, toute femme ou tout homme veufs ayant des enfants ou petits-enfants, ne pouvait donner, en quelque nature de biens que ce soit, directement ou indirectement, à tous ses nouveaux conjoints réunis, plus qu'à celui des enfants ou petits-enfants *qui aurait le moins.*

Une présomption d'interposition assimilait au conjoint son père, sa mère, même ses autres ascendants selon Pothier, et ses enfants d'un mariage antérieur. Hors ces cas, l'interposition devait être prouvée, et la preuve en incombait à ceux qui devaient en profiter, c'est-à-dire, aux enfants du premier lit.

Toute donation excédant la part d'enfant le moins prenant était sujette à réduction ; peu importait qu'elle fût simple ou réciproque, purement gratuite ou rémunératoire. On allait encore plus loin et l'édit frappait encore celles qui résultaient indirectement de conventions ordinaires : tel était l'avantage que l'adoption du régime de la communauté procurait à celui des époux qui

possédait le moins de meubles, ou bien encore celui résultant de la stipulation d'un forfait de communauté, lorsqu'il se trouvait à la dissolution plus considérable que la part que l'époux eût du recueillir.

La quotité disponible en faveur du conjoint se déterminait ainsi : il était compté au nombre des enfants du prédécédé, et la succession, prélèvement fait des avantages préciputaires, était partagée également entre eux.

Lorsque tous les enfants n'étaient pas du même degré, le partage se faisait par souche, et l'époux comptait pour une souche. Mais s'il n'existait plus d'enfants au premier degré, les petits-enfants succédaient alors par tête; ainsi Pothier, Ricard, Lebrun, n'accordaient dans ce cas au conjoint qu'une part de petit-enfant, parce qu'il n'y avait pas lieu à un partage par souche.

Les enfants indignes ou renonçants ne comptaient pas pour déterminer la part d'enfant, puisqu'ils n'étaient pas héritiers du donataire.

Lorsque la quotité disponible était dépassée, l'action en réduction appartenait à tous les héritiers, aux enfants du second lit, comme à ceux du premier même aux renonçants. Les jurisconsultes coutumiers, en décidant ainsi, considéraient que les biens donnés étant sortis du patrimoine du donateur lors de sa mort il n'était pas besoin de venir à sa succession pour les recueillir ;

on les recevait en vertu de l'édit, comme enfant, et indépendamment de la qualité d'héritier.

Toutefois l'action en réduction n'appartenait ni aux exhérédés, ni aux indignes.

Elle s'exerçait également contre le donataire et contre tous les tiers détenteurs ; on estimait les biens d'après la valeur qu'ils avaient dans les mains du donateur, lors de son décès. La portion retranchée était ensuite partagée entre tous les enfants du donateur. Mais le donataire devait-il être admis à partager le produit de l'action en réduction exercée contre lui ?

Ricard et Pothier lui refusaient ce droit, en se fondant : 1° Sur ce passage de la loi *Hac edictali :* Si plus quam statutum est... donatum... ad personas deferri liberorum et inter eos dividi jubemus ; — 2° sur les termes suivants de la Novelle 22, chap. XXIII : quod plus est in eo quod donatum est, competit filiis et inter eos solos ex œquo dividitur. »

De ces deux textes, disait-on, il résulte que les constitutions impériales n'appellent que les seuls enfants à partager ce qui a été enlevé, comme excessif, au donataire, et interdisent à celui-ci d'y prendre aucune part. Or comme le préambule de l'édit approuve ces deux lois romaines et y renvoie expressément, il faut donner à la difficulté la solution consacrée par elles.

Cette solution n'était pas admise par Renusson et Lebrun. Ils raisonnaient ainsi :

La règle générale, c'est la disponibilité absolue des biens. Il faut donc un texte pour qu'on puisse restreindre le droit de donner. Or dans le cas présent, l'édit limite d'une manière variable et par voie de relation la quotité disponible au profit de l'époux : elle ne peut excéder la part de l'enfant le moins prenant. Comme cette part d'enfant est déterminée eu égard à la masse de la succession il faut que tous les biens donnés soient réunis, au moins fictivement pour former cette masse, et que les avantages préciputaires étant déduits, chacun des enfants et le donataire prennent une part virile. De cette manière, l'époux n'aura pas plus qu'aucun des enfants, ce que la loi défend ; mais sa part aura été, comme la leur, également augmentée par le partage des biens recouvrés, il aura ce que lui donne la loi, une part d'enfant.

Quant aux arguments tirés des lois romaines il est facile d'y répondre : 1° La loi *hac edictali* ne prévoit pas la question et ne peut par conséquent la résoudre : elle parle bien de la division des biens entre les enfants, mais nulle part on ne voit qu'elle ait pour but d'exclure le donataire.

2° Quant aux termes « inter filios solus ex œquo divi-

ditur » de la Novelle 22, c'est les détourner de leur acception que de les entendre comme le fait le premier système ; il résulte en effet des expressions suivantes de la même Novelle 22 qu'on n'a jamais entendu exclure du partage le donataire mais les enfants du second lit. « Namque ex secundis nuptiis filios participari nunc non nobis placet, sed ex priori matrimonio filiis detur solis. »

Que conclure de là ? c'est qu'aucun texte ne s'opposant à l'application des principes généraux, l'époux donataire doit être, lui aussi, admis à partager le produit de l'action en réduction exercée contre lui.

Il en résulte qu'il peut exercer le rapport et que sa part sera calculée en conséquence.

Comme en donnant au nouvel époux des biens déterminés, on pouvait toujours craindre qu'ils ne dépassassent la quotité disponible, l'usage s'introduisit, pour éviter l'action en réduction, de lui attribuer d'une manière générale une part d'enfant. Cette disposition constituant une donation de biens à venir ne pouvait avoir lieu que par contrat de mariage (art. 15, ordon. de 1731). Elle ne transportait pas au donataire un droit transmissible à ses héritiers ; elle était au contraire subordonnée à la condition de survie de cet époux donataire, qu'elle obligeait, dans ce cas, au paiement des dettes de son

auteur jusqu'à concurrence de son émolument. Mais quelles limites fallait-il assigner à cette donation lorsque le donateur à son décès ne laissait pas d'enfants ? Lebrun l'étendait dans ce cas à tous les biens du donateur ; car, disait-il, lors de sa mort, le de cujus, ayant eu sa capacité entière, il est bien présumable qu'il avait l'intention de tout donner à son conjoint pour lequel il avait une telle affection qu'il le plaçait sur le même rang que ses enfants.

Pothier et Ricard, au contraire, d'accord en cela avec la jurisprudence, déclaraient que le conjoint n'ayant été institué que pour une part, ne pouvait réclamer la totalité des biens, et qu'ainsi son droit devait être limité à la part la plus forte qu'il eût pu obtenir en concourant avec un seul enfant.

Après avoir limité le disponible quant à la quotité, l'édit en restreignait l'objet d'après l'origine des biens. Aux termes de ce deuxième chef, l'époux survivant ne pouvait donner à son nouveau conjoint aucune partie des biens acquis par lui de l'époux défunt, à titre de libéralité: ces biens là devaient être conservés pour les enfants communs.

Ainsi l'époux remarié gardait non-seulement l'usufruit des biens provenant de son premier conjoint, mais encore la nue-propriété de ces biens sous la condi-

tion résolutaire de la survie des enfants du premier lit.

Les termes de l'édit semblaient n'appliquer l'indisponibilité qu'aux biens provenant de donations proprement dites et de libéralités testamentaires. Mais la pratique l'avait étendue à tout ce que le survivant avait reçu à titre gratuit, directement ou indirectement de son ancien conjoint : la propriété du douaire préfix, le préciput conventionnel, l'excédant des apports du défunt dans la communauté sur ceux du survivant, étaient mêmes considérés comme indisponibles en vertu du deuxième chef de l'édit.

Pourtant, contrairement à la constitution *Feminæ quæ*, les biens recueillis dans la succession des enfants communs par l'époux remarié, n'étaient pas compris dans la prohibition.

L'époux remarié étant tenu de conserver les biens qu'il avait reçus de son premier époux pour les rendre lors de son décès à ses emfants, il y avait dans cette opération tous les caractères de la substitution : Les enfants du premier lit profitant seuls des bénéfices de cette substitution, dans le cas où ils auraient été prédécédés leurs enfants les représentaient et prenaient leur place.

Pour recueillir cette substitution, il n'était pas nécessaire d'être héritier du grévé, ni même du dona-

teur, car c'était à titre de donataires et non d'héritiers qu'ils recueillaient ces biens. Toutefois ils devaient être habiles à succéder et les indignes, les exhérédés ne bénéficiaient pas de l'édit. Il avait en effet pour but de secourir ceux auxquels les libéralités entre époux étaient préjudiciables ; or les indignes et les exhérédés ne pouvaient rentrer dans cette catégorie, puisque dans tous les cas ils étaient exclus de la succession. — Les coutumes de Paris et d'Orléans étendirent encore les cas d'application de l'édit. Ils déclarèrent indisponibles les conquêts de communauté, meubles et immeubles, gagnés par la femme dans les mariages antérieurs, et cela non seulement à l'égard du nouveau mari, mais même à l'égard d'étrangers. On admettait toutefois dans ce dernier cas une exception et l'époux pouvait disposer des conquêts en faveur de l'étranger pourvu que ce ne fût pas au préjudice des portions réservées aux enfants du premier lit.

On alla plus loin encore, et on assimila aux conquêts les apports mobiliers et immobiliers de la femme dans la communauté. Ils y avaient été mis en faveur du mariage, le mari avait compté sur eux pour ses enfants ; pouvait-on souffrir que leur mère les en dépouillât et les offrît en prime à un nouvel époux.

Les coutumes de Paris et d'Orléans ne parlaient que

des femmes, aussi on agita longtemps la question de savoir si les dispositions qui les concernaient devaient être appliquées aux hommes. Les partisans de la négative soutenaient qu'on ne pouvait étendre une prohibition aussi rigoureuse : ce serait d'ailleurs, disaient-ils, consacrer une iniquité, la richesse de la communauté consistant principalement dans l'industrie et le travail de l'homme.

Toutefois la majorité des auteurs répondait avec raison à ces arguments, que l'économie de la femme contribue elle aussi pour beaucoup à la richesse de la communauté ; qu'en outre les prescriptions de l'édit avaient moins en vue une peine contre l'époux remarié qu'une faveur pour les enfants du premier lit, qu'il n'y avait donc pas lieu de distinguer, sous ce rapport, entre l'homme et la femme.

Un arrêt du 4 mars 1697, rendu sur les conclusions de d'Aguesseau, consacra pleinement cette solution.

Après ces prohibitions générales il faut mentionner une disposition de l'ordonnance de Blois, rendue par Henri III en 1579 peu après l'édit des secondes noces. Elle renferme une disposition pénale contre les seconds mariages : « Les femmes veuves ayant des enfants du premier lit et épousant des hommes indignes de leur condition, ne peuvent user d'aucune libéralité envers

eux ; les avantages qu'elles feraient sont nuls et de nul effet ; elles peuvent même être interdites de la disposition de leurs biens. » (Art. 182.)

Très-différente de la sanction de l'édit des secondes noces, celle de l'édit de Blois a une physionomie pénale remarquable. — Le cas où elle s'applique, les préjugés de caste qui l'inspirèrent, en font un trait caractéristique du droit coutumier.

DROIT INTERMÉDIAIRE.

Deux lois, sous cette législation de courte durée, eurent successivement pour but de régler la quotité disponible entre époux.

La première loi, celle du 5 brumaire an II, s'exprime en ces termes dans ses articles 2 et 3 :

« Les avantages stipulés entre les époux encore existants, soit par leur contrat de mariage, soit par des actes postérieurs, ou qui se trouveraient établis dans certains lieux par les coutumes, statuts ou usages, auront leur plein et entier effet. Néanmoins, s'il y a des

enfants de leur union, ces avantages, au cas qu'ils consistent en simple jouissance, ne pourront s'élever au-delà de la moitié du revenu des biens délaissés par l'époux décédé ; et, s'ils consistent en des dispositions de propriété, soit mobilière soit immobilière, ils seront restreints à l'usufruit des choses qui en sont l'objet, sans qu'ils puissent jamais excéder la moitié du revenu de la totalité des biens.

La même disposition aura lieu à l'égard des institutions, dons ou legs faits dans des actes de dernière volonté par un mari à sa femme, ou par une femme à son mari, dont les successions sont ouvertes depuis la promulgation de la loi du 7 mars dernier. »

La seconde loi est celle du 17 nivôse an II, cette célèbre loi révolutionnaire qui proclama l'égalité absolue entre les héritiers. Aux termes de cette loi, si le *de cujus* laisse à son décès des héritiers en ligne directe il ne peut disposer que du dixième de ses biens ; s'il ne laisse que des collatéraux, on augmente sa quotité disponible et il peut alors disposer du sixième.

Toutefois il faut faire bien attention que cette quotité disponible, ne peut aller augmenter la part d'un des héritiers au préjudice de son cohéritier, elle ne peut-être dévolue qu'à un étranger : car cette loi de nivose, dans un but tout à la fois de prohibition exagérée pour

les familles et d'intérêt politique, prohibe les avantages préciputaires et défend, que dans un partage l'un des héritiers puisse avoir plus que l'autre.

Toutefois, comme à l'ancien principe de la conservation des biens dans les familles elle substitue un principe nouveau de morcellement et qu'elle veut favoriser la migration des biens de famille en famille, elle laisse aux époux la faculté à peu près illimitée de s'avantager l'un l'autre.

Ainsi ne laissent-ils pas d'enfants, ils peuvent se donner en pleine propriété tous leurs biens de quelque origine qu'ils soient: meubles ou immeubles, conquêts ou propres.

Laissent-ils au contraire des descendants ? ils ne peuvent se donner que l'usufruit de la moitié de ces mêmes biens, et les avantages excessifs qu'ils se feraient seraient ramenés à cette limite.

En outre les donations faites entre époux pendant le mariage sont irrévocables, le prédécès du donataire ne les rend pas caduques, et dans le cas de don mutuel la donation faite par le survivant a son effet au profit des héritiers du conjoint prédécédé.

La législation de l'an II admettant le divorce avec une grande facilité ne pouvait voir les seconds mariages avec défaveur, aussi abolit-elle les pénalités dont avaient

été frappés les époux remariés : elle fut plus loin, elle n'accorda aucune garantie aux enfants nés d'un mariage dissous et l'art. 13 qui règle la quotité disponible entre époux en cas d'enfants, n'établit aucune distinction entre le cas où il existe des enfants communs et celui où il y a des enfants d'un mariage antérieur.

C'est en présence de cette loi que se trouva le code civil.

CODE CIVIL.

Au titre des donations, le législateur a apporté de sages limites à la faculté de disposer, et il a réservé pour les descendants et les ascendants du *de cujus*, une portion indisponible de la succession, portion variant suivant le nombre et la qualité des personnes auxquelles elle doit revenir.

Mais le droit commun devait-il être applicable à la matière spéciale qui nous occupe ? Non assurément.

L'époux mérite en effet une faveur particulière et les donations qui peuvent lui être faites par son conjoint,

se justifient plus que d'autres par les sentiments de dévouement et de tendresse dont le mariage est la source intarissable. En outre, et c'est là une considération qu'il ne faut pas perdre de vue, en s'unissant l'un à l'autre l'homme et la femme contractent l'obligation de se porter secours, aide et assistance, obligation qui survit à leur union et qui poussera souvent l'époux prémourant à assurer autant que possible à son conjoint survivant la continuation du même genre d'existence dont l'un et l'autre avaient pris ensemble pendant la vie commune, une habitude si facile à concevoir.

Pour donner une juste satisfaction à tous ces intérêts, il fallait donc élargir la quotité disponible ordinaire, et à cela il y avait d'autant moins d'inconvénient que la part que les enfants perdraient dans la succession de leur père, ils devraient inévitablement la retrouver dans la succession de leur mère et réciproquement.

Toutefois, il fallait se garder d'aller trop loin dans cette voie extensive de la quotité disponible entre époux. La tendresse du disposant pouvait l'entraîner trop loin ; il pouvait aussi s'exagérer la dette de secours qu'il avait contractée envers son époux ; il fallait enfin éviter ces graves inconvénients qui jadis s'étaient fait sentir à Rome et empêcher que la libéralité du défunt n'allât

grossir la dot de son époux survivant et ne lui servit ensuite à contracter un second mariage.

Sous ce rapport il fallait donc restreindre la quotité disponible.

Elle ne pouvait pas non plus, comme la quotité disponible ordinaire, varier avec le nombre des enfants, parce que les besoins des conjoints sont les mêmes qu'il y ait deux ou trois enfants ; elle devait au contraire être fixée d'une manière uniforme pour tous les cas.

Voyons donc comment en s'inspirant de ces diverses pensées le Code civil a réglementé un sujet qui offre de si grandes difficultés.

Deux cas sont à distinguer :

1° Les époux n'ont pas d'enfants d'un précédent mariage ;

2° Ils ont au contraire des enfants d'un précédent mariage.

CHAPITRE Ier

QUOTITÉ DISPONIBLE ENTRE ÉPOUX SANS ENFANTS D'UN PRÉCÉDENT MARIAGE.

Trois hypothèses peuvent se présenter (art. 1094).

1° L'époux disposant ne laisse ni ascendants ni descendants ;

2° L'époux disposant ne laisse que des ascendants ;

3° L'époux disposant laisse des descendants.

§ 1er.

Lorsque l'époux disposant ne laisse ni ascendants ni descendants, il peut disposer au profit de son époux de la totalité de ses biens. L'article 1094 renvoie en effet implicitement pour cette hypothèse à l'article 916, lequel dispose qu'à défaut d'héri-

tier réservataire, un étranger peut recevoir la totalité des biens du de cujus.

L'art. 1094 semble cependant reconnaître l'existence d'une réserve au profit des héritiers en général lorsqu'il parle « *de la portion dont la loi prohibe la disposition au préjudice des héritiers,* » mais c'est là une formule inexacte qui s'explique par l'histoire.

En effet, l'art. 16 du projet avait considérablement augmenté le nombre des réservataires : il fixait de la manière suivante la quotité disponible : Le testateur ne pouvait disposer que du quart de ses biens lorsqu'il laissait *un* ou *plusieurs* enfants ; il pouvait disposer de la moitié lorsqu'il laissait des ascendants, ou des frères et sœurs, ou des descendants de frères ou sœurs ; enfin il pouvait disposer des trois quarts s'il laissait des oncles, grands-oncles, ou des cousins germains. (Fenet, t. XII, p. 571). Or l'art. 1094 avait été rédigé conformément à ce système, et la loi accordait à l'époux disposant comme quotité disponible, l'usufruit de la portion réservée aux *héritiers,* formule abrégée qui évitait le rappel des nombreux héritiers réservataires.

Cette faculté pour l'époux donateur de disposer en l'absence d'ascendants et de descendants de tous ses biens en faveur de son conjoint a été justement critiquée. N'a-t-on pas à craindre en effet les entraînements aux-

quels trop souvent peut-être l'époux donateur ne saura pas résister, et n'eût-il pas été plus raisonnable de l'empêcher de faire des libéralités excessives qui aboutiront le plus souvent au dépouillement complet de la famille légitime, même de frères et sœurs ?

§ 2.

L'époux disposant ne laisse que des ascendants : Dans ce cas l'époux donateur peut disposer d'abord en propriété de la portion disponible instituée en faveur d'un étranger, et de plus de l'usufruit de la totalité de la portion dont la loi prohibe la disposition au préjudice des héritiers.

Cette réduction de la réserve des ascendants à une nue-propriété à laquelle, suivant toute vraisemblance, ils ne réuniront jamais l'usufruit, a paru à juste titre à un grand nombre d'esprits étrange et peu logique. Dira-t-on avec M. Grenier (t. III, n° 449) que la préférence due à la faveur du mariage, suffit amplement pour l'expliquer ; ou avec M. Troplong, que l'ordre légitime des affections place l'époux avant l'ascendant ? Nous répondrons que du moment où la loi estimait qu'il était sage d'accorder aux ascendants, et *uniquement dans leur intérêt*, une réserve, elle devait nécessairement la leur

maintenir sérieuse et efficace et ne pas les « renvoyer pour la jouissance de leur légitime, à la mort de leurs gendres ou brus, qui ont ordinairement de moins qu'eux l'âge d'une génération. » (*Malville.* — *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil*, t. II, p. 437).

D'ailleurs, il faut bien le reconnaître, cet article 1094, donne lieu, en ce qui concerne les ascendants, à plus d'une critique.

Voici en effet une conséquence singulière qui découle de son application. L'époux mineur, âgé de plus de seize ans, ne peut disposer pendant le mariage et par testament seulement, que de la moitié de ce dont un majeur à la libre disposition. Supposons donc que l'époux mineur prédécédé ait laissé ses père et mère et des frères ou sœurs. Pour lui succéder, voici ce qui se passera : l'époux mineur pourra disposer au profit de son époux de partie de l'usufruit de la portion attribuée à ses ascendants ; tandis qu'au contraire il ne pourra pas disposer de la moitié de l'usufruit de la portion attribuée à ses frères et sœurs ; c'est-à-dire que les ascendants seront moins bien traités que les frères et sœurs, précisément parce qu'ils ont une réserve. C'est là un résultat choquant mais qui découle nécessairement de l'art. 1094 lequel ne permet à l'époux de dis-

poser, en faveur de son époux, que de *l'usufruit de la portion dont la loi prohibe la disposition au préjudice des héritiers.*

§ 3.

Lorsque l'époux donateur laisse des enfants ou des descendants issus d'un commun mariage, l'article 1094 lui permet de donner à son conjoint ou la propriété d'un quart et l'usufruit d'un autre quart, ou la moitié de tous ses biens en usufruit seulement.

Peu importe donc le nombre d'enfants que le de cujus laissera à son décès, sa quotité disponible sera toujours la même, le législateur la fixant à priori d'une facon invariable. Elle sera donc tantôt supérieure à la quotité disponible ordinaire, quand le disposant laissera trois enfants ou plus de trois enfants, tantôt inférieure, quand il ne laissera qu'un enfant ; enfin égale ou à peu près, lorsqu'il laissera deux enfants, puisque un quart en propriété et un quart en usufruit sont considérés comme une valeur très peu supérieure à un tiers en usufruit.

Il y a donc suivant celle de ces trois hypothèses dans laquelle il se trouve placé, un grand avantage pour l'époux donataire, à invoquer soit la quotité disponible

de l'article 1094, soit la quotité disponible ordinaire de l'article 913. Néanmoins pendant près de cinquante ans tout le monde pensa que le chapitre des dispositions entre époux était le code complet de la matière et que l'époux ne pouvait pas à son choix et suivant son intérêt renoncer à la disposition exceptionnelle établie en sa faveur par l'article 1094 pour se placer dans le droit commun c'est-à-dire dans la théorie des articles 913 à 916.

En 1842, cette doctrine, considérée jusqu'alors comme absolument certaine, fut brusquement attaquée. Un professeur de Toulouse, M. Benech, entreprit de démontrer qu'elle était contraire aux textes et à l'esprit même de notre législation. Il posa en thèse que l'art. 1094 ne s'imposait pas aux époux, mais se proposait à leur option, qu'ils étaient libres de lui préférer les règles du disponible ordinaire et de se donner l'un à l'autre ce que les art. 913 et 916 permettaient de donner à un étranger. Cette opinion brillamment soutenue rallia d'éminents jurisconsultes, et aujourd'hui elle peut s'autoriser des noms de MM. Zachariæ, Aubry, Demante, Duranton et Valette.

M. Benech invoque trois motifs à l'appui de sa théorie.

D'abord les textes : La règle générale aux termes de l'art 902, c'est la disponibilité des biens. Pour qu'une

entrave puisse être apportée à cette disponibilité absolue il faut un texte. Or ce texte, c'est l'art. 913 qui édicte que les libéralités *ne pourront excéder* la moitié des biens, etc.....

Ne pourront ! voilà bien une expression prohibitive, une limite opposée à la liberté de donner; et vraiment si l'art. 1094 employait une semblable expression aucun doute ne pourrait subsister dans les esprits et la vieille doctrine tiendrait encore debout. Mais tels ne sont pas les termes de l'art. 1094 « l'époux, dit-il, *pourra disposer,* » ce n'est donc là qu'une simple faculté, un droit nouveau accordé à l'époux d'ajouter à la quotité disponible ordinaire et quand bon lui semblera une nouvelle quotité de beaucoup supérieure. Mais l'époux gratifié n'en reste pas moins apte à recevoir l'ancienne quotité quand le disposant le préfère, puisque pour le priver de cette capacité de droit commun il faudrait un texte qui la lui enlevât.

Il est d'ailleurs tellement vrai que le législateur en employant les mots, *pourra disposer*, a voulu laisser à l'époux un choix, une option, que lorsqu'il a voulu édicter une incapacité même partielle pour le cas de secondes noces (art. 1090) il a pris soin comme dans l'art. 913 d'employer les expressions *ne pourra*.

Une telle différence dans le langage doit donc se traduire aussi par une différence d'interprétation.

D'ailleurs le texte ainsi entendu est absolument conforme aux travaux préparatoires.

Dans le projet primitif du Code, l'article 16 (aujourd'hui 913-916) fixait le disponible ordinaire à une quotité invariable, au quart, quel que fût le nombre des enfants ; de plus une réserve était établie au profit non-seulement des ascendants mais de beaucoup d'autres collatéraux.

L'art. 1094, dès-lors rédigé, était en parfaite harmonie avec l'art. 16. Lorsqu'il y avait des enfants, il permettait d'ajouter, en faveur du conjoint, un quart en usufruit au quart en pleine propriété. Lorsqu'il y avait des ascendants ou des collatéraux réservataires, il permettait de donner, outre le disponible ordinaire, l'usufruit de toute leur réserve. Il résultait donc de là que toujours le disponible était plus étendu en faveur du conjoint qu'en faveur d'un étranger.

L'art. 1094 n'a jamais changé, tandis que l'art. 16 fut modifié dans le sens de notre art. 913, par suite de l'adoption de l'amendement du consul Cambacérès, qui proposait de graduer la quotité disponible ordinaire sur le nombre des enfants. En outre, toute réserve fut refusée aux collatéraux.

Mais cette modification ne fit pas abandonner à nos législateurs l'esprit de bienveillance dont ils étaient animés en faveur de l'époux donataire. Le disponible de l'art. 1094 devait être, d'après les articles votés, le plus souvent supérieur au disponible ordinaire. Pourtant, si à raison du changement apporté à l'art. 16 du projet, ce disponible devenait dans certains cas inférieur, il allait tout naturellement, dans la pensée des rédacteurs du Code, de permettre à l'époux, *qu'il voulait favoriser*, d'invoquer le droit commun, plutôt qu'un droit exceptionnel, *créé dans son intérêt*, qu'il pouvait, par conséquent, accepter ou refuser.

Et, d'ailleurs, comment admettre que notre Code, si favorable aux donations entre époux, ait entendu les restreindre dans un seul cas : justement celui où le donateur ne laisse qu'un seul enfant, lorsqu'en présence de trois, il lui accorde au contraire une augmentation de disponible. Ce serait donc parce que la part de chacun des trois enfants serait rendue plus faible par le concours, que l'on permettrait de la diminuer encore au profit de leur père ou de leur mère, et parce que, au contraire, elle serait plus forte, lorsqu'il n'y a qu'un enfant, que l'on défendrait de la diminuer.

C'est pourtant à ce résultat singulier, plein de contradictions et d'anomalies, qu'aboutit la doctrine qui

s'obstine à n'accorder au conjoint, en concours avec un seul enfant, que le quart en propriété et le quart en usufruit, tandis que la loi accorde alors la moitié en pleine-propriété à l'étranger.

2e *système.* — C'est pourtant, malgré l'autorité de M. Benech, à ce dernier système que nous croyons devoir nous rallier.

Au premier abord on peut se demander quel rapport ont entre elles la situation de l'étranger et celle de l'époux ? à s'en rapporter au premier système on serait tenté de croire que les règles qui régissent la quotité disponible entre étrangers doivent nécessairement régir la quotité disponible entre époux, et que l'une comme l'autre reposent sur les mêmes principes.

Telle n'est pas la vérité. L'histoire nous a montré toutes les variations qu'a dû subir dans le cours des temps la faculté de donner entre époux, et elle nous a représenté à plusieurs reprises le conjoint dans l'incapacité la plus absolue de donner à son conjoint alors qu'il pouvait donner à un étranger. Les lois craignaient moins en effet la séduction qu'un étranger pouvait mettre à son service pour obtenir une libéralité que l'aveuglement de la passion d'un époux pour son époux.

Si le code civil, en présence de tant de législations

différentes, a admis les donations entre époux, il ne l'a fait que pour permettre aux conjoints de s'assurer l'un à l'autre une existence honorable et indépendante et dans cette mesure seulement. Pour cela que fallait-il faire ? Déterminer le disponible en raison combinée de la fortune, des droits de l'épouse et des droits opposés des enfants. Or comme les besoins de l'époux sont en tous cas les mêmes, le disponible à son égard pouvait être invariable, et il devait même, dans certains cas, excéder le disponible entre étrangers quand celui-ci était trop restreint. Pourtant, comme l'expérience prouve que le disponible entre époux est presque toujours épuisé, il ne fallait pas trop l'étendre : aussi, dans certains cas, devait-il se trouver inférieur au disponible ordinaire, dont l'abus était, en tout cas, beaucoup moins à redouter.

Il importe enfin d'ajouter que, comme le plus souvent un époux donne à l'autre, et dès le contrat de mariage, tout ce dont la loi lui permet de disposer, il y aurait, au point de vue moral, un grave danger à ce que la quotité disponible pût varier avec le nombre des enfants, et être d'autant plus étendue qu'il y en aurait moins. Il ne convient pas de faire une antithèse aux lois décimaires des Romains.

Ce point étant nettement établi, il est facile de répondre à l'argument de texte de M. Benech.

Il s'appuie uniquement sur ce que la formule de l'art. 1094 est *facultative*.

A notre estime, c'est là attacher à cette formule une importance qui ne se conçoit guère; d'autant plus que déclarer que l'époux *pourra* disposer jusqu'à une certaine limite, c'est bien déclarer implicitement qu'il ne pourra disposer au-delà de cette limite, puisque nous sommes en présence d'un article qui a pour but de déterminer *la quotité disponible entre époux*.

Néanmoins on peut expliquer cette formule si simple, et si facile à comprendre par elle-même. En édictant les articles 1091 et 1094, les législateurs étaient sous l'empire de cette pensée qu'il fallait abroger une règle ancienne, et passer d'une prohibition absolue à une permission relative. De là cette formule *permissive* et non *facultative* par eux employée : « les époux *pourront*. »

Mais il n'en est pas moins vrai que dans ces articles leur but a été de déterminer une quotité disponible. Or, déterminer une quotité, c'est dire que l'on ne peut la dépasser : la détermination, dans ce cas, est une restriction, et peu importe la formule employée.

D'ailleurs si un doute pouvait encore subsister sur la

manière dont l'art. 1094 doit être interprété, l'art. 1099 suffirait à le soulever.

Aux termes de cet article « les époux *ne pourront se donner indirectement au-delà* de ce qui leur est permis par les dispositions ci-dessus. »

Ils ne peuvent donc jamais se donner plus que l'art. 1094 ne le permet ; c'est-à-dire qu'ils n'ont pas le droit d'invoquer les dispositions plus favorables d'un texte étranger à la matière et fait pour d'autres personnes que pour eux. C'est qu'en effet le législateur en traitant dans un chapitre spécial la question de savoir quelles dispositions les époux peuvent se faire entre eux, a voulu rompre d'une manière complète avec la théorie qu'il avait établie en faveur des étrangers ; et le chapitre qu'il a édicté est un chapitre *complet* par lui-même, n'ayant trait qu'aux époux et ne pouvant contenir par conséquent aucun renvoi à un titre traitant de matières reposant sur des principes absolument autres. C'est ce que veut bien faire comprendre l'art. 1099 quand il édicte « Que les époux ne pourront se donner indirectement *au-delà de ce qui leur est permis par les dispositions ci-dessus.* »

Les travaux préparatoires viennent-ils infirmer en quelque façon la force de ces arguments ? Nullement. Il y avait, dit-on, connexité entre l'art. 16 du projet (au-

jourd'hui art. 913) et l'art. 151 (aujourd'hui 1094). L'art. 16 ayant été modifié, et ayant augmenté le disponible ordinaire quand l'époux ne laissait qu'un ou deux enfants, l'art. 151 a dû être également modifié dans le même sens? Cette observation ne nous paraît pas exacte, et l'on peut répondre que si le législateur n'a modifié que l'art. 16, c'est que lui seul ne le satisfaisait pas, et que s'il a au contraire laissé subsister l'art. 151, c'est que les dispositions qu'il contenait lui paraissaient conformes aux principes qu'il venait de consacrer.

Du reste la théorie de M. Benech fut proposée devant le tribunat, et l'on demanda pour la ratifier une modification du texte (Fenet, t. II, p. 467). Mais le texte ne fut pas changé, et le conseil d'État refusa d'admettre l'amendement.

Il faut donc conclure de là que l'histoire, aussi bien que les textes et les principes viennent d'une manière irréfutable à l'appui de la doctrine qui enseigne que l'art. 1094 est le seul auquel l'on doive se référer quand il s'agit de déterminer la quotité disponible entre époux.

(Demolombe, donat et testam., t VI, § 499 et suiv.; — Toullier, t. III, n° 869; — Duranton, t. IX, n° 793; — Marcadé, art. 1094; — Demante, t. IV, n° 274; — Sirey, 1845, 1, 277; — 1843, 2, 220.)

L'art. 1094 autorise l'époux à donner à son époux ou un quart en propriété et un autre quart en usufruit, ou la moitié de tous les biens en usufruit seulement.

On a critiqué cette rédaction, et l'on a soutenu que la loi offrait une alternative ridicule : et qu'il était absolument inutile après avoir permis de donner *plus* de permettre de donner *moins*.

Pourtant, cette alternative que la loi offre aux époux ne présente rien de contradictoire. La loi a voulu non pas permettre de disposer de la moitié des biens en usufruit, mais défendre de donner en usufruit plus de la moitié de ces mêmes biens : et il était nécessaire de formuler cette défense, car, en général, il est permis de donner en usufruit plus qu'on ne peut donner en pleine propriété. La loi laisse donc à l'époux donateur le choix de disposer d'une certaine quotité de pleine propriété et d'usufruit, mais quand il ne veut disposer que *de l'usufruit* sa libéralité ne peut pas dépasser la moitié de ses revenus.

D'ailleurs cette disposition s'explique par l'histoire : elle n'était, à l'origine, que l'application d'un système admis par le Code d'une manière générale. Suivant le projet du Code, en effet, il était défendu de donner en usufruit plus que ce dont on pouvait disposer en pleine propriété.

Ce projet fut modifié, et l'art. 917 a augmenté le disponible pour le cas où la libéralité ne consistait qu'en un legs d'usufruit : l'héritier réservataire, dans ce cas, n'a qu'un droit : celui d'exécuter le testament, quelque considérable que soit le legs d'usufruit, ou d'abandonner au légataire la pleine propriété de toute la quotité disponible.

Mais la théorie que la loi abandonnait dans l'art. 917 fut maintenue dans l'art. 1094, et la question que nous avons à résoudre est celle-ci : L'art. 917, d'après lequel, lorsque la libéralité consiste en un usufruit dont la valeur excède la quotité disponible, le réservataire doit choisir entre l'exécution de cette disposition ou l'abandon de la propriété de la quotité disponible, est-il applicable entre époux ?

Oui, répondent les partisans du système de M. Benech. L'art. 917 ne leur est-il pas plus favorable que l'art. 1094? Ils peuvent donc en invoquer les dispositions, puisque la loi a augmenté en leur faveur le disponible ordinaire. En outre, ce n'est que par mégarde que l'art. 1094 n'a pas été remanié dans le sens de l'art. 917, et on ne peut rendre les conjoints responsables d'une pareille omission.

Cet argument ne nous paraît pas décisif: et nous répondrons que l'art. 917 est, d'après l'esprit dans

lequel il a été conçu, absolument étranger au cas prévu par l'art. 1094. L'art. 917 n'a qu'un but : éviter une estimation souvent dangereuse d'un usufruit comparé à une pleine propriété. Or ce but n'existe pas dans notre hypothèse, puisque la loi s'est chargée elle-même de cette estimation, et qu'elle a décidé, en vertu de son pouvoir souverain, qu'une disposition en usufruit avait pour elle la même valeur qu'une disposition en pleine propriété. Les héritiers n'ont donc point d'option à faire en présence d'un texte qui fixe la quotité disponible en usufruit, et du moment où cette quotité est outrepassée, ils sont en droit de demander pour le surplus la réduction de la disposition.

Mais, dit-on, vous allez réduire un legs alors que vous ne savez pas si la quotité disponible est dépassée, puisque vous ignorez la valeur de l'usufruit légué, et votre réduction va avoir cet effet certain qu'il ne restera même pas au légataire toute la quotité dont le *de cujus* aurait pu disposer à son profit ! Il était en effet autorisé à donner un quart en propriété et un quart en usufruit, et vous allez lui laisser comme maximum une moitié en usufruit seulement.

Cette objection se réfute par la considération que le défunt n'a disposé qu'en usufruit ; et qu'en usufruit, il ne pouvait donner que la moitié. Il aurait pu certes agir

autrement; mais, disentavec raison MM. Aubry et Rau : « quod potuit, non fecit ».

Ajoutons enfin que le système que nous combattons ne peut parvenir, malgré l'unité qu'il prétend établir dans notre législation, à concilier l'art. 917 avec l'art. 1094. En effet, si l'époux donataire d'un usufruit supérieur à la moitié, a le droit d'obtenir : 1° le quart en propriété ; 2° le quart en usufruit, dans le cas où l'enfant veut le réduire, que devient le choix que la loi permet au disposant de faire, en donnant soit un quart en pleine propriété et un quart en usufruit, soit une moitié en usufruit seulement ? Ce choix devient dérisoire ou plutôt le texte même de la loi n'a plus aucun sens. (Aubry et Rau, t. VI, p. 257, note 8. — Troplong, t. IV, 2569. Demol. XXIII, n° 502.—Sir. 1855, 12, 543 ; 1874, 1, 17.) — La solution que nous venons d'adopter, en ce qui concerne une disposition faite en usufruit, doit-elle s'appliquer au cas où la disposition consiste en une rente viagère.

La difficulté vient de ce que à la différence de l'art. 917 qui a bien soin d'assimiler la rente viagère à l'usufruit, l'art. 1094 ne parle que de l'usufruit seulement ; aussi certains jurisconsultes enseignent-ils que lorsque les enfants refusent d'exécuter le don ou le legs qui excède la quotité disponible, ils doivent aux termes de

l'art. 917 se contenter de leur réserve et abandonner à l'époux donataire ou légataire tout ce dont le défunt aurait pu le gratifier, c'est-à-dire un quart en propriété et un quart en usufruit.

L'art. 1094, dit cet opinion, est un article d'exception qu'on ne peut étendre. Il ne règle que la quotité disponible en usufruit, il ne faut donc pas par voie d'analogie appliquer cette quotité à la rente viagère. Comment faire alors ? recourir au droit commun et appliquer l'art. 917 auquel sur ce point l'art. 1094 n'a pas dérogé.

D'ailleurs, au point de vue rationnel, cette différence entre l'usufruit et la rente viagère se conçoit parfaitement. L'usufruit laisse à la charge du donateur les chances de diminution, voir même de perte totale du fonds ; il le force d'exécuter les réparations d'entretien et toutes les obligations que lui impose la loi. La rente viagère, au contraire, l'affranchit de tout cela ; plus d'aléa dans la quotité du revenu, plus de charges usufructuaires ; il devient simplement créancier d'une somme fixe, invariable que les héritiers, quoiqu'il arrive, devront toujours intégralement verser.

La rente viagère ne peut donc pas être réglée d'après les mêmes principes que l'usufruit, à moins d'un texte formel. Or il n'en existe pas d'autre que l'art. 917 qui seul doit être appliqué.

Non, dit une seconde opinion, l'art. 917 n'est pas applicable puisqu'il n'est pas fait pour régler la quotité disponible entre époux ; l'art. 1094 ne l'est pas davantage puisqu'il ne prévoit pas l'hypothèse d'une rente viagère, il n'y a qu'un moyen de sortir de cette alternative, c'est d'estimer la rente viagère et de la réduire par comparaison à la quotité disponible la plus forte entre époux, mais en lui conservant toujours son *caractère viager* afin de respecter les intentions du défunt. On ne doit pas en effet, à moins d'un texte formel, donner de la pleine propriété à un légataire auquel le disposant n'a voulu donner qu'un droit viager, qu'un droit temporaire.

Ce serait pousser bien loin l'amour de la controverse et de la distinction que de suivre ce second système et d'admettre avec lui un genre d'estimation que le législateur a toujours repoussé.

Il nous paraît donc beaucoup plus simple et beaucoup plus logique d'appliquer à la rente viagère les dispositions que l'art. 1094 a édictées pour l'usufruit.

Cette assimilation résulte forcément des travaux préparatoires.

On se souvient de la concordance parfaite qui existait entre l'article 17 du projet et l'art. 151.

L'art. 17 décidait que le don d'un usufruit ou d'une

rente viagère ne devait jamais dépasser un *don en propriété;* l'art. 151 qui appliquait à la quotité disponible entre époux les règles de la quotité disponible ordinaire, comprenait donc dans ses termes et l'usufruit et la rente viagère. — Or cet art. 151 a été textuellement reproduit dans notre Code et il doit avoir le même sens sous le n° 1094 qu'il avait sous le n° 151.

Et d'ailleurs comment, à défaut d'un texte formel, donner à un légataire ou à un donataire de la pleine propriété, c'est-à-dire un droit perpétuel alors que la libéralité ne porte que sur une rente viagère, c'est-à-dire sur un droit temporaire?

Eh bien, dit le second système, estimez la valeur de la disposition, de cette manière, elle ne pourra être réduite que si véritablement elle excède la quotité disponible la plus forte.

Ce système repose sur une confusion. Il convient, et il a raison, que la disposition étant d'un droit viager ne peut-être convertie en un droit perpétuel et qu'ainsi le de cujus ayant eu à choisir entre deux quotités disponibles, a pris la plus faible; il convient encore que les enfants trouvant cette disposition excessive ne seront pas tenus d'abandonner au donataire quoique ce soit de la pleine propriété des biens. Donc il doit aussi convenir que cette rente viagère ne pourra pas dépasser la moitié

des revenus ; car il ne saurait être permis à un légataire de dire : la quotité disponible que le défunt a choisie pour moi est celle de l'usufruit; il n'a jamais voulu me donner de nue propriété. — Mais, comme au lieu du quart en nue-propriété qu'il aurait pu ajouter à la libéralité qu'il m'a faite, il lui a plu de me donner un quart en viager, avant de me réduire il faut voir si ce quart en viager n'est pas égal ou même inférieur, suivant mon âge, au quart en nue-propriété.

Avec un tel système, on en arriverait vite à priver les enfants de la totalité des revenus, et pourtant l'on sait qu'en fixant la quotité disponible, le législateur a eu grand soin de réserver pour eux une somme suffisante de revenus qui ne saurait leur être enlevée, pas plus par une disposition de rente viagère que par une disposition d'usufruit.

Nous venons d'examiner les hypothèses dans lesquelles le testateur ou le donateur a légué à son conjoint plus ou autre chose que la loi ne lui permet. Supposons, au contraire, qu'il soit resté dans les limites du disponible extraordinaire qu'elle lui accorde. Il a disposé, par exemple, en faveur de son époux, de l'usufruit de la réserve de ses héritiers, de ses ascendants ou de ses enfants (art. 1094), peut-il le dispenser de fournir caution ?

Certainement, dit un parti très-imposant. L'art. 601 ne permet-il pas, d'une manière générale, à tout donateur d'un usufruit de dispenser, par l'acte constitutif, le donataire de fournir caution Or, pour qu'il en soit autrement dans l'espèce, il faudrait à tout le moins que l'art. 1094 réglât d'une manière spéciale, pour le cas de donations entre époux, les obligations de l'usufruitier : c'est ce qu'il ne fait pas, et c'est ce qu'il ne devait pas faire, car, en tous cas, les droits du nu-propriétaire seront protégés d'une manière efficace contre tout abus de jouissance de l'usufruitier, grâce à la disposition de l'art. 618 : si donc le donataire commet des dégradations sur le fonds, le laisse dépérir faute d'entretien, abuse en un mot de sa jouissance, l'enfant ou l'ascendant aura le droit de demander la cessation de l'usufruit. Que peut-on exiger de plus ?

Ce qu'on peut exiger de plus, c'est que l'époux survivant fournisse bonne et valable caution à l'héritier légitime de jouir en bon père de famille Pourquoi, en effet l'art. 601 permet-il, en règle générale, de dispenser le donataire de fournir caution ? Parce qu'il considère que le donateur qui aurait pu léguer la *pleine-propriété* pouvait par conséquent léguer l'usufruit avec dispense de caution. Il y a donc lieu, dans cette espèce,

d'appliquer la sage maxime : « qui peut le plus peut le moins. »

Mais de ce motif même du texte de la loi, il résulte que l'art. 601 ne peut être applicable pour le cas où le donateur *n'aurait pu* disposer en *pleine propriété* des biens donnés en usufruit.

En raison, d'ailleurs, cela se conçoit parfaitement, et le donateur en dispensant, dans le cas qui nous occupe, le donataire de donner caution outrepasserait son pouvoir et entamerait la réserve dont cette caution est la seule garantie. On objecte que le nu-propriétaire n'a rien à craindre, que si l'usufruitier dégrade, il sera tenu de réparer, que s'il abuse on le fera déchoir de son usufruit ? Mais qui ne voit l'inanité de toutes ces garanties et leur insuffisance pour le cas où l'usufruitier est absolument insolvable, ou n'a que des biens de beaucoup inférieurs à ses dettes ?

CONCOURS DE LA QUOTITÉ DISPONIBLE ENTRE ÉPOUX AVEC LA QUOTITÉ DISPONIBLE ORDINAIRE.

Puisque nous avons reconnu deux disponibles distincts et indépendants, la coexistence de libéralités au profit d'un époux et de tiers quels qu'ils soient, fait naître les trois questions suivantes : 1° Le disponible exceptionnel peut-il se cumuler avec le disponible ordinaire ? 2° Si ces deux quotités ne peuvent pas être cumulées, quel est leur mode de concours ? 3° Enfin, de quelle manière s'opère la réduction des dispositions en faveur de l'époux, et de celles en faveur de l'étranger, lorsque la quotité disponible est dépassée ?

1° Il est clair, dès l'abord, que les deux disponibles ne peuvent être cumulés et que l'on ne peut donner à son conjoint le disponible de l'art. 1094 et, en outre, à un étranger le disponible des art. 913 et 915.

La démonstration en est facile. Le disponible excep-

tionnel n'est en effet autre chose que le disponible ordinaire, augmenté ou diminué selon les circonstances. Cela ressort de l'histoire (1) et en outre de la disposition de l'art. 1094 lui-même, qui permet de donner à l'époux survivant *tout ce dont on pourrait disposer en faveur d'un étranger.*

Or, le législateur ne pouvait permettre de donner deux fois la même chose. Si d'ailleurs le cumul était possible, voici le résultat singulier auquel on arriverait : Le disposant ne laisse, par exemple, qu'un ascendant. Il aura pu donner : 1° les trois quarts en pleine propriété, disponible ordinaire ; 2° plus un quart en pleine propriété et l'usufruit..... d'un autre quart qui fait défaut, la partie disponible de la fortune excédant d'un quart en usufruit cette fortune elle-même. Une telle conséquence juge le principe et il faut conclure d'une manière absolument certaine à l'impossibilité du cumul des deux quotités.

2° Comment alors pourra-t-on concilier l'une avec l'autre ces deux quotités disponibles?

On s'accorde à reconnaître que, quels que soient les combinaisons du disposant, le gratifié, époux, étran-

(1) Voir pages 111 et 112.

ger, enfant, ne pourra rien recevoir au-delà du disponible qui lui est particulier.

Il paraît résulter de là que lorsque l'une des quotités disponibles est supérieure à l'autre, l'excédant ne peut profiter qu'à l'étranger ou à l'enfant, si le disponible ordinaire est le plus élevé ; qu'à l'époux au contraire si c'est le disponible spécial qui l'emporte.

Cette conséquence est loin, toutefois, d'être admise par tous les auteurs, elle est au contraire des plus controversée.

Il est pourtant une hypothèse simple et qui ne nous arrêtera pas longtemps, c'est celle ou la quotité disponible ordinaire est *supérieure* à la quotité disponible entre époux. Primus, par exemple, n'a qu'un enfant de son mariage. Le disponible le plus fort dans ce cas est de moitié en pleine propriété.

S'il a donc d'abord donné à un étranger cette moitié de ses biens, il ne pourra plus rien donner à son époux; si, au contraire, il a donné à son époux la quotité la plus forte qu'il pouvait recevoir, c'est-à-dire un quart en pleine propriété et un quart en usufruit, il pourra encore donner à l'étranger un quart en nue-propriété seulement.

Il faudra donc, pour savoir s'il y a lieu à réduction, se poser simplement les deux questions suivantes :

1° Le montant cumulé des deux dispositions excède-t-il le disponible le plus élevé ; 2° Chacun des donateurs a-t-il reçu plus que la loi ne lui permet de recevoir.

Mais avec l'hypothèse suivante naissent les difficultés la quotité disponible spéciale est supérieure à la quotité disponible ordinaire !

Trois hypothèses distinctes sont à considérer.

Ou la disposition faite en faveur de l'époux est postérieure à la disposition faite en faveur de l'étranger.

Ou les deux dispositions ont été faites simultanément.

Ou la disposition faite à l'époux est antérieure à: celle faite à l'étranger.

1° Et d'abord la disposition faite en faveur de l'époux est postérieure à celle faite en faveur de l'étranger.

Primus a trois enfants et donne à un étranger le quart de ses biens, c'est-à-dire qu'il épuise ainsi le disponible ordinaire, peut-il encore disposer en faveur de sa femme d'un quart en usufruit ? On avait d'abord tenté de répondre non ; le législateur, disait-on, n'a augmenté le disponible entre époux que parce qu'il jugeait pour eux le disponible ordinaire insuffisant et alors il permet, *en outre* de ce disponible, d'ajouter une certaine quotité (1094) ; mais cette quotité supplémentaire ne peut aller, bien entendu, dans l'esprit des rédacteurs du code que là où est la quotité principale. Or dans l'espèce

la quotité principale ayant été donnée à un étranger, il n'y a plus lieu d'user de la quotité accessoire instituée seulement pour le cas où le disponible ordinaire ne serait pas suffisant pour l'époux gratifié.

Cette doctrine est aujourd'hui complétement abandonnée, et c'est à juste titre.

En effet, comment réduire la disposition faite au profit de l'époux ? D'abord le montant cumulé de la disposition faite au profit de l'étranger et de celle faite au profit de la femme n'excède pas le disponible le plus fort. — En outre, ni l'un ni l'autre des bénéficiaires n'a reçu une quotité plus forte que celle que la loi permettait de lui donner. Vous voulez, pour que l'art. 1094 soit applicable, que l'époux soit gratifié de toute la quotité disponible ? Il faut en un mot lui donner tout ou rien ? Où donc avez-vous vu cette disposition arbitraire inscrite dans la loi ? Est-ce que, par exemple, un époux qui n'aurait fait aucune disposition au profit d'un étranger ne serait pas libre de disposer au profit de son époux d'une partie seulement de la quotité disponible de l'art. 1094 ? Personne n'oserait le contester. Pourquoi alors n'en serait-il pas de même lorsqu'il a disposé d'une fraction de ses biens au profit d'un étranger ? Ce que la loi a voulu en effet en établissant deux quotités disponibles, c'est laisser à chacun la liberté d'en dis-

poser en tout ou en partie suivant ses affections et eu égard aux besoins relatifs des donataires. Et voilà pourquoi elle a permis de donner d'abord une certaine portion à un étranger, conformément à l'art. 913, puis ensuite une autre portion à l'époux, conformément à l'art. 1094.

2° Supposons maintenant, et c'est notre seconde hypothèse, que la disposition en faveur de l'étranger et la disposition en faveur du conjoint soient simultanées. C'est, par exemple, par testament que Primus, père de trois enfants, a légué à un étranger sa quotité disponible ordinaire et à sa femme l'usufruit d'un quart de la réserve.

Ces deux dispositions peuvent-elles coexister ?

Certainement non, s'écrient les partisans du système que nous venons de combattre, et à l'argument du texte qu'ils présentaient, ils ajoutent un argument de raison qui a son importance. Ce n'est, disent-ils, qu'en faveur de l'époux que la quotité disponible ordinaire a été augmentée, et lui seul doit en profiter. Il suit de là que tout ce qui est donné à l'époux doit, par rapport à l'étranger, s'imputer sur le disponible ordinaire, comme si l'époux lui-même était un étranger. La conséquence de ce mode d'imputation sera dans l'espèce que l'étranger légataire du de cujus ne pourra recueillir la disposition

faite à son profit qu'autant que celle faite en faveur du conjoint n'absorbera pas elle même toute la quotité disponible ordinaire.

Pourtant qui réduira-t-on ? L'étranger ? non, car il répliquera qu'à son respect la quotité disponible ordinaire n'est pas dépassée (art. 915). La femme ? Non encore, car elle observera que loin d'avoir reçu plus que sa part elle n'a même pas été gratifiée, et bien s'en faut, de tout ce que la loi lui permettait de recevoir.

Résulte-t-il au moins de la combinaison des deux quotités que le disponible absolu soit dépassé ? Pas davantage. Ce disponible est épuisé, mais c'est tout.

L'action en réduction est donc impossible parce qu'elle manque de base et qu'elle conduirait inévitablement à réduire au marc le franc deux légataires qui seraient l'un et l'autre frappés injustement.

3° Reste la troisième hypothèse, la plus délicate. La donation faite à l'époux a précédé la donation faite à l'étranger.

Primus a donné, par contrat de mariage, à Prima, un quart de ses biens en propriété. Il meurt, laissant trois enfants et un testament par lequel il a légué à un étranger un quart de ses biens en usufruit. Ces deux dispositions, la donation en faveur de la femme et le legs en faveur de l'étranger, peuvent-elles coexister ? Assuré-

ment, enseignent certains auteurs, car: 1° le disponible absolu n'est pas dépassé puisque l'époux pouvait disposer du quart de sa fortune en propriété, plus un quart en usufruit ; 2° le disponible relatif, c'est-à-dire celui que chacun des bénéficiaires pouvait recevoir, ne l'est pas davantage, puisque l'époux et l'étranger ont l'un et l'autre moins qu'ils ne pouvaient recevoir. (Aubry et Rau, t. x, page 615).

Cette doctrine ne nous paraît pas bonne. Elle est contraire au texte même de l'art. 1094. La quotité disponible créée par cet article est, nous l'avons déjà vu, exactement la même, en ce qui concerne *la pleine propriété*, que celle de l'art. 913. Il en résulte que les dispositions faites à l'époux en pleine propriété en vertu de l'art. 1094 diminuent d'autant la quotité disponible de l'art. 913. Autrement on en arriverait vite au cumul des deux quotités. Il est bien vrai que l'art. 1094 étend, en ce qui concerne *les dispositions d'usufruit*, la quotité de l'art 913 et qu'il permet de prendre en usufruit seulement un quart de la réserve des enfants et même la réserve entière des ascendants.

Mais cette augmentation de disponible en usufruit n'ayant été créée qu'en faveur de l'époux, lui seul peut en bénéficier.

Et cela se conçoit : l'époux survivant aura toujours un

certain âge. Les enfants seront bien certains d'avoir la jouissance complète de leur réserve entière dans un avenir peu éloigné, tandis qu'il n'en serait pas de même si la disposition en usufruit était accordée à un étranger jeune, plus jeune même peut être que les enfants !

Ajoutons enfin que le lien qui unit l'époux usufruitier aux enfants nu-propriétaires, est une sûre garantie que les relations qui existeront entre eux n'auront rien de pénible pour les réservataires qui, fait observer M. Demolombe, « le plus souvent eux-mêmes profiteront des revenus de cet usufruit soit par leur communauté d'habitation avec leur père et leur mère survivant, soit parce qu'ils seront affranchis d'autant de l'obligation de lui fournir des aliments. »

Concluons donc que dans l'espèce l'étranger ne pourra bénéficier du legs à lui fait en usufruit seulement.

Mais voici une hypothèse nouvelle tout aussi controversée que la précédente.

Ce n'est plus en pleine propriété que la disposition a été faite d'abord à la femme, c'est au contraire en usufruit. Quel va être au respect d'un étranger la quotité disponible de l'époux disposant ?

Primus et Prima sont mariés ; par contrat de mariage Primus a donné à sa femme l'usufruit de la moitié des biens qu'il laissera à son décès. De ce ma-

riage naissent trois enfants ; puis Primus meurt laissant un testament par lequel il lègue à un étranger la nue-propriété du quart de ses biens. Ce legs pourra-t-il être exécuté.

La Cour de cassation, depuis de longues années a décidé que l'exécution de ce legs était impossible.

Elle se fonde sur les deux arguments suivants : 1° l'étranger ne peut profiter de l'extension de disponible de l'art. 1094, uniquement créé dans l'intérêt de l'époux. Or qu'elle est toujours, par rapport à l'étranger, la quotité disponible d'un homme qui a trois enfants ? Elle est de un quart en pleine propriété. Mais cette quotité a été épuisée par la disposition déjà faite par le mari à sa femme dans le contrat de mariage. Il lui a donné en effet moitié en usufruit et tout le monde reconnaît que un demi en usufruit est égal à un quart en pleine propriété.

2° Et l'on ajoute que cette interprétation est conforme à l'intention du disposant. La loi lui a donné deux crédits : un crédit ordinaire et un crédit extraordinaire. Il est naturel qu'il commence par épuiser, même au profit de son époux, le crédit ordinaire avant d'avoir recours au crédit extraordinaire dont l'étranger ne pourra en aucun cas bénéficier.

Avons-nous besoin de dire que nous ne saurions nous rallier à cette théorie ?

Elle a d'abord un défaut capital : celui de s'attacher uniquement à l'ordre des dates des donations pour apprécier leur validité.

Si la donation en nue-propriété a d'abord été faite à un étranger, c'est très-bien et l'on pourra appliquer à l'époux le crédit exceptionnel de l'art. 1094, c'est-à-dire que les deux libéralités pourront coexister ; si au contraire la donation d'usufruit a été faite la première à l'époux, tout est fini, l'étranger, fût-ce même un enfant, ne pourra rien avoir.

Cette conséquence est d'autant plus surprenante que généralement c'est par contrat de mariage que l'on donne à sa femme la moitié de ses biens en usufruit et que l'on se prive ainsi pour toujours d'avantager un étranger ! Résultat regrettable qui ne tendrait à rien moins qu'à supprimer les donations par contrat de mariage pourtant vues avec tant de faveur par le législateur !

Cependant, il est à remarquer que si l'on écarte l'ordre des dates, de l'aveu de tous, les deux libéralités vont pouvoir coexister, car : 1° le montant cumulé de ces deux libéralités n'excède pas le disponible le plus fort ; 2° ni l'un ni l'autre des gratifiés n'a reçu plus qu'il ne pouvait

recevoir; 3° le supplément du disponible est attribué à celui-là seul qui a le droit de le recevoir.

Il faut, dit-on, traiter l'étranger en concours avec l'époux comme si cet époux lui-même était un étranger, ou plutôt comme si cet époux n'existait pas. Mais est-ce que cette supposition est possible ? et n'est-il pas évident que celui qui fait une libéralité à son époux a une quotité disponible plus forte que s'il n'en faisait pas? D'ailleurs nous ne faisons pas pour cela profiter l'étranger de l'extension du disponible, car comme on l'a fort bien remarqué « celui-là seul profite de l'augmentation du disponible établie par l'article 1094 qui obtient ce en quoi consiste cette augmentation. »

Or cette augmentation consiste en une portion d'usufruit qui a été déférée à la femme.

Et quant à cet argument qui consiste à dire que le disposant impute d'abord son don sur son crédit ordinaire, il ne saurait nous toucher, car il est au contraire absolument hors de doute que l'époux choisit au contraire tout d'abord le mode d'imputation qui lui laissera le plus de liberté.

Au surplus ce n'est pas, en droit, pendant la vie du donateur, qu'il faut considérer quel mode d'imputation il a choisi, c'est au jour de sa mort (art. 920). C'est ce jour là seulement que les donations seront réductibles

si elles excèdent la quotité disponible. Mais si elles ne la dépassent pas, ce qui a lieu dans l'espèce, nous avouons franchement que nous ne trouvons pas de moyen de les faire tomber.

C'est donc à tort que dans le système contraire on parle de dates et de priorité : car il ne saurait en être question que s'il y avait lieu à réduction (article 923). Or nous avons déja établi qu'elle est au contraire impossible.

Enfin, et c'est notre dernier argument, en vertu de quel droit le premier système impute-t-il sur la quotité disponible en propriété de l'art. 913, la donation, faite en usufruit d'après l'art. 1094? Le législateur a réglé dans deux textes distincts la quotité disponible en faveur d'un étranger et en faveur de l'époux, il a donc voulu que les dispositions faites en faveur de l'étranger fussent imputables sur la quotité de l'art. 913, et celles faites en faveur de l'époux sur la quotité de l'art. 1094. D'autant plus que, ne l'oublions pas, nous nous trouvons en présence d'une disposition faite *en usufruit*.

Il en serait en effet autrement s'il s'agissait d'une disposition en propriété et cela par une raison bien simple et nullement contradictoire : puisque la quotité disponible en propriété de l'art. 1094 est LA MÊME que celle de

l'art. 913 il en résulte forcément que l'imputation faite sur l'un des disponibles réagit nécessairement sur l'autre : autrement ce serait le cumul.

Le système que nous proposons a l'avantage énorme de ne pas dénaturer le caractère de la donation de moitié *en usufruit* en la transformant en une donation du quart en propriété. Transformation contraire à l'art. 1094 et à la pensée du législateur (art. 917) qui a voulu bannir à jamais toute espèce d'estimation de l'usufruit.

4° De quelle manière doit-on procéder à la réduction des dispositions en faveur de l'époux et des dispositions en faveur d'un étranger lorsqu'elles sont réductibles ?

La réduction des donations entre époux est régie d'après les règles du droit commun posées dans les art. 923 et suivants. On procède donc à la réduction en commençant par les donations les plus récentes, et en remontant des dernières aux plus anciennes.

Il y aura lieu à réduction dans trois cas :

1° La quotité disponible la plus forte et chacune des quotités spéciales ont été dépassées ; alors, quel que soit l'ordre des dates des donations, elles seront toutes sujettes à réduction.

2° Il peut arriver au contraire qu'aucune des libéralités n'ait excédé la quotité disponible afférente à chaque bénéficiaire, et que cependant réunies elles excèdent le

disponible le plus fort. Il faudra alors opérer la réduction en commençant par la dernière en date.

3° Mais que décider lorsque la masse des biens dépasse la quotité disponible la plus forte et que la donation première en date excède le disponible spécial tandis que l'autre dernière en date n'excède pas la quotité spéciale dont le donateur pouvait disposer vis-à-vis du donataire ?

Un homme meurt laissant sa femme et un enfant, sa succession est de 100,000 francs et il a disposé d'une somme de 50,000 en faveur de son conjoint, et ensuite d'une somme de 10,000 francs en faveur d'un étranger.

L'enfant qui a droit à une réserve de moitié, c'est-à-dire de 50,000 francs et qui ne trouve dans la succession que 40,000 francs dit à l'étranger : vous n'avez pas le droit de prendre les 10,000 francs que mon père vous a donnés, car lorsqu'il vous a fait cette libéralité il avait épuisé sa quotité disponible au profit de sa femme. Rapportez donc votre don et j'aurai ma réserve. Puis comme vis-à-vis de sa mère la quotité disponible la plus large est d'un quart en propriété et d'un quart en usufruit il lui dit à son tour : « Vous aussi, vous avez reçu beaucoup trop. Le maximum du disponible pour vous est de 25,000 francs en propriété et 25,000 francs en

usufruit. Je reprends donc la nue-propriété des 25 autres mille francs.

Mais l'étranger voyant rentrer dans les mains de l'enfant outre sa réserve un excédant de 25,000 francs en nue-propriété, revient à nouveau réclamer le paiement de son don sur cet excédent. Autrement, dit-il, la volonté du donateur qui était de disposer de la quotité disponible la plus large ne serait pas respectée.

Nous ne pensons pas pourtant qu'on doive faire droit à sa demande. Aux termes de l'article 921 les donataires et légataires ne peuvent ni demander la réduction *ni en profiter*. Or, que demande l'étranger? Précisément à profiter de cette réduction qui a été opérée par l'héritier réservataire, ce qui est impossible. D'ailleurs qu'importe à l'étranger que l'enfant, par un privilége spécial, ait un supplément de réserve contre sa mère. La quotité disponible était-elle dépassée à son respect quand le don lui a été fait? Oui ! Eh bien alors que vient-il donc réclamer.

Section II.

Quotité disponible entre époux ayant des enfants d'un précédent mariage.

De tous temps les seconds mariages ont avec raison attiré l'attention du législateur, surtout lorsqu'il existe des enfants d'une union précédente. Aussi dans les législations antérieures a-t-on toujours cherché un moyen efficace pour empêcher que l'affection que l'époux remarié portait à son nouveau conjoint ne l'aveuglât au point de le porter à faire des libéralités au préjudice des enfants du premier lit.

C'est ainsi, on s'en souvient, que les lois romaines « Feminæ quæ.... Hac edictali lege.... » suivies dans nos provinces de droit écrit avaient défendu aux veuves ayant des enfants, l'une de donner à leurs nouveaux époux les biens provenant de leur premier mari, l'autre de faire à ces nouveaux époux des libéralités plus fortes que la part prise dans leur succession par l'enfant le moins avantagé.

Ces deux lois furent reproduites dans l'édit de 1560

sur les secondes noces. Le Code n'a pas fait revivre la première ; il ne consacre que la seconde.

Sur cette matière nous nous poserons successivement les trois questions suivantes : 1° Personnes auxquelles s'applique la prohibition de l'article 1098 et dispositions qu'il frappe. 2° Comment se calcule la part d'enfant. 3° Action en réduction des libéralités qui excèdent la quotité disponible fixée par l'article 1098.

§ I.

Personnes auxquelles s'applique la prohibition de l'article 1098.

Aux termes de l'article 1098 l'homme ou la femme qui, ayant des enfants d'une précédente union, contracte un second ou subséquent mariage, ne peut donner ou léguer à son nouvel époux qu'une part d'enfant légitime *le moins prenant, et sans que, dans aucun cas, les libéralités au profit de cet époux puissent excéder le quart des biens.*

Bien que l'article 1098 ne parle que d'un homme ou d'une femme ayant des enfants, il est néanmoins applicable lorsqu'il existe un seul enfant né d'un précédent mariage, ou même des petits-enfants seulement; car

sous le nom générique d'enfants, la loi comprend tous les descendants.

Il en est de même des enfants légitimés par un mariage antérieur : ils sont en effet, au point de vue légal, assimilés aux enfants issus du mariage lui-même.

Quant aux enfants naturels, le texte et les motifs du texte s'opposent formellement à ce qu'ils puissent invoquer les dispositions de l'article 1098.

On s'est demandé si l'enfant adoptif devait être plus favorisé, et si on devait le considérer comme enfant légitime, issu d'une précédente union.

Nous croyons qu'il faut répondre affirmativement.

L'art. 350 accorde à l'adopté, sur la succession de l'adoptant, les mêmes droits que *s'il était né de son mariage*. Il y a donc, en vertu du texte même, assimilation complète entre l'enfant légitime et l'enfant adoptif ; cela est d'autant plus vrai que tout le monde reconnaît que l'enfant adoptif a les mêmes droits de réserve que l'enfant légitime, il a donc droit aussi à la réserve fixée par l'art. 1098. « Réserve spéciale, dit-on, établie seulement pour protéger l'enfant né d'un précédent mariage, » nous ajouterons : « et ceux qui, aux termes de l'art. 350, leur sont assimilés, c'est-à-dire les *enfants adoptifs*, puisqu'ils ont sur la succession de leurs père et mère

adoptifs, absolument les mêmes droits que les enfants légitimes. »

En vain objecte-t-on que l'art. 1098 n'a été établi qu'en haine des secondes noces, car ce motif n'est pas le seul, et n'est même pas le vrai : le but du législateur ayant surtout été de garantir avec le plus d'énergie possible les droits de l'enfant du premier lit, alors qu'ils étaient le plus sérieusement menacés, et à ce compte, l'enfant adoptif doit tout aussi bien être protégé que l'enfant légitime, puisque ses droits sont également compromis.

L'enfant prédécédé qui a laissé des descendants, est représenté par eux, et la réserve n'en saurait être augmentée quelque soit le nombre de ces descendants, quand même ils viendraient à la succession de leur chef. On ne concevrait pas d'ailleurs que l'époux ait moins de droits en présence de descendants du second degré, qu'en face d'enfants du premier.

Mais faut-il tenir compte dans la détermination de la part du nouvel époux, des enfants renonçants ou indignes ? En d'autres termes, l'enfant du premier lit peut-il, même en renonçant à la succession de son auteur, exercer l'action en réduction contre les libéralités par lui faites à son nouvel époux ? Oui, dit-on, car c'est au moment du décès, au moment où le mort saisit le

vif, que la quotité disponible et la réserve ont été fixées. La part de l'époux a donc été déterminée à ce moment, et les faits postérieurs ne peuvent rien y changer. Ce système était suivi dans les pays de coutume où régnait pourtant la maxime : « Non habet legitimam » nisi qui hæres est » ; et Pothier enseignait que les enfants du premier lit n'avaient pas besoin pour attaquer la donation comme excessive, de se porter héritiers de leur père ou de leur mère, qu'ils pouvaient le faire, même en renonçant à leur succession.

Nous croyons néanmoins qu'il ne faut pas les compter. L'art. 1098 établit une réserve en faveur des enfants du premier lit; or la réserve étant une portion de la succession, ne peut appartenir comme telle qu'à ceux qui ont la qualité d'héritiers.

Vainement, M. Troplong objecte-t-il que cette réserve de l'art. 1098 est attribuée jure sanguinis, jure naturali et non jure heredis. « Mais, fait fort judicieusement observer M. Demolombe, est-ce que c'est là une manière d'acquérir sous l'empire de notre code ? Est-ce que les art. 711 et suivants la mentionnent dans leur énumération ? »

Quant à l'argument tiré de l'ancien Droit il est loin d'être décisif. Il n'est pas nécessaire d'être héritier, disait Pottier, pour demander le retranchement de la

donation excessive faite au nouvel époux parce que les biens qui lui ont été donnés ne se trouvant plus dans la succession du donateur, ses enfants n'ont pas besoin de leur qualité d'héritier pour en demander le retranchement. Ceci pourrait nous mener loin et avec un pareil système on en arriverait vite à dire qu'en tous cas, pour intenter l'action en réduction, il n'est pas nécessaire d'être héritier ; ce qui est inadmissible.

C'est à l'époque du décès qu'il faut se placer pour savoir s'il y a lieu à l'application de l'article 1098 ; si donc à cette époque les enfants que le donateur avait lors de son second mariage sont morts, la prohibition cesse ; elle n'est en effet établie qu'en faveur des enfants d'un précédent lit.

Le prédécès d'un ou plusieurs enfants du donateur pourra néanmoins produire suivant les circonstances, des effets différents sur les droits de l'époux donataire. Si la donation consiste dans un corps certain, la mort de l'un des enfants du premier lit ne l'augmentera pas ; si elle est au contraire d'une part d'enfant en termes généraux, elle croîtra, sans toutefois qu'elle puisse jamais excéder le quart des biens par le décès de l'un des enfants.

Une difficulté pourra même se soulever dans cette hypothèse. Supposons que le disposant ait donné à son

conjoint une part d'enfant, puis, qu'il vienne à mourir sans enfants ni descendants. Quels seront dans ce cas les droits du donataire?

Cette question n'avait pas été sans embarrasser nos anciens auteurs qui y répondaient diversement. D'après Lebrun, la donation devait, dans ce cas, embrasser la totalité des biens, puisque c'était la totalité qu'un enfant aurait eue ; d'après Ricard et Pothier elle devait embrasser la moitié des biens seulement.

Sous le Code civil, cette question est au dire de tous les auteurs avant tout une question d'interprétation. Ce que le donateur aura voulu le plus souvent, c'est donner la part la plus large qu'un second époux puisse avoir en présence d'enfants d'un précédent mariage, c'est-à-dire un quart. C'est là d'ailleurs, on ne saurait trop le répéter, une question d'intention : si donc le donateur avait ajouté à la disposition d'une part d'enfant quelqu'expression limitative, par exemple, si ayant quatre enfants, l'époux donnait en se mariant une part d'enfant *réglée sur le nombre des enfants* alors existants, le donataire n'aurait jamais droit qu'à un cinquième des biens.

Le texte de l'art. 1098 ne semble avoir prévu que l'hypothèse de deux mariages, que faudrait-il décider dans le cas de plusieurs convols successifs de l'époux ayant des enfants d'un premier mariage?

Le système qui nous paraît préférable est celui qui enseigne que les divers conjoints ensemble ne peuvent recevoir qu'une quotité égale à la part de l'enfant le moins prenant, et ne dépassant pas le quart des biens. Il résulte de là que le donateur qui a disposé d'une part d'enfant en faveur de son second conjoint ne peut rien donner au troisième.

Telle était jadis la solution admise sous l'empire de l'Edit et notre code s'est montré plus restrictif encore à l'égard des secondes noces, puisqu'il a ajouté aux dispositions anciennes cette clause que les donations ne pourront jamais dépasser le *quart des biens*. S'il en est ainsi il faudrait qu'un texte spécial vint permettre de donner à chacun des conjoints séparément une part d'enfant comme le prétend un système. Or ce texte là n'existe pas. Bien plus, les rédacteurs du code, dans l'exposé des motifs, parlant de la loi ancienne, disaient : « on a maintenu cette sage disposition. » (Fenet, t. XII, p. 579). On l'a donc maintenue telle qu'elle était et indépendamment du nombre des mariages.

Ainsi il est bien établi que la quotité disponible, en faveur d'un nouvel époux, dans le cas d'enfants d'un autre lit, ne pourra jamais excéder une part d'enfant : il faudra donc, pour déterminer cette part, compter l'époux donataire pour un enfant de plus, et lui attribuer une

part virile, en supposant que la succession doive être également partagée entre tous les enfants et lui.

Mais quels enfants doit-on compter pour déterminer l'étendue de la libéralité faite à l'époux ? On doit compter tous ceux qui viennent à la succession de l'époux donateur, c'est-à-dire qu'il faut compter non-seulement les enfants issus du premier mariage, mais encore ceux qui sont issus du second, de sorte que, dans ce cas, les enfants du second lit deviennent une cause de réduction de la libéralité faite à leur propre auteur.

On doit encore compter l'enfant adoptif (art. 350) ; mais il en est autrement des enfants renonçants ou exclus comme indignes, car eux ils n'ont jamais été héritiers !

Quant aux biens sur lesquels doit être calculée la quotité disponible que le nouvel époux peut recevoir, aucune difficulté quand l'époux donateur n'a pas fait de libéralités au profit d'autres personnes. C'est alors sur la masse totale des biens existants dans la succession que l'enfant doit obtenir sa part.

Mais que décider dans le cas où le de cujus a fait à l'un des enfants des libéralités rapportables ? le second époux peut-il en demander la réunion fictive à la masse sur laquelle sa part doit-être calculée? Nous le croyons. Sans doute on objectera que le rapport n'est dû que par

le cohéritier à son cohéritier et que l'époux simple donataire, quand même il aurait reçu expressément une part d'enfant ne peut en profiter. (Art. 857.) Mais nous répondrons que l'époux ne demande pas un rapport effectif; il veut seulement que sa part soit ce qu'est celle des enfants. Ce qu'il demande, c'est à connaître l'étendue de ses droits et il ne peut la connaître que lorsque les enfants auront imputé sur leur part ce qu'ils ont reçu entre-vifs de leur auteur.

§ 3.

Action en réduction des libéralités qui excèdent la quotité disponible fixée par l'art. 1098.

De tout ce que nous venons d'étudier, il résulte que l'art. 1098 a pour but de décréter non une incapacité contre l'époux disposant puisque si ses enfants prédécèdent, il pourra donner à son conjoint plus qu'à un étranger, mais plutôt une réserve pour l'enfant du premier lit.

Aussi pour apprécier le sort de la disposition faite en faveur du nouveau conjoint, faut-il se placer à l'époque du décès du disposant et voir s'il y a un enfant qui fasse obstacle à l'exécution de la libéralité. Elle pourra en effet s'exécuter si l'état de la famille et de

la fortune du donateur s'est modifié lors de son décès, résultat qui ne pourrait se produire si l'article 1098 avait prononcé l'incapacité du disposant, car alors la donation serait et resterait nulle, quoiqu'il ait pu advenir plus tard.

L'article 1098 étant un article tout de faveur pour les enfants du premier lit, l'action en réduction leur appartient à condition toutefois qu'ils se portent comme héritiers. Mais lorsqu'ils ont demandé et obtenu la réduction, les biens retranchés rentrent dans la succession et sont partagés entre tous les enfants sans distinction de lit. Cette solution était celle de notre ancienne jurisprudence et rien n'indique que l'article 1098 ait voulu y déroger ; elle est d'ailleurs la conséquence logique de ce principe, que l'égalité entre les enfants est la règle du partage. (Article 745).

Voici toutefois où commence à naître la difficulté. Lorsque les enfants du premier lit refusent d'intenter contre le second époux l'action en réduction, les enfants du second mariage peuvent-ils agir à leur place?

Il y a dans cette hypothèse quelque chose de singulier : car la quotité disponible de l'article 1098 n'a été créée qu'en faveur de l'enfant du premier lit et voilà que précisément c'est l'enfant du deuxième lit qui veut en profiter! Néanmoins je crois qu'il est fondé à le

faire. Car du moment que les enfants du premier lit acceptent la succession, il y a pour tous les héritiers un droit acquis à la réduction. La réserve, en effet, appartient collectivement à la famille et les enfants de toutes les unions y ont droit. Si donc les enfants du second mariage profitent du bénéfice de l'action en réduction, c'est que cette action est elle-même dans la succession ; et si les enfants du premier lit refusent d'agir, ceux du second pourront le faire à leur place ; car leur refuser ce pouvoir serait leur reconnaître un droit et le déclarer illusoire.

APPENDICE.

DONATIONS INDIRECTES DÉGUISÉES OU PAR PERSONNES INTERPOSÉES.

Afin d'empêcher les époux d'éluder par des voies détournées les dispositions qu'il venait d'édicter sur la quotité disponible, le législateur rédigea les articles 1099 et 1100.

Aux termes de l'article 1099 « les époux ne pourront se donner indirectement au-delà de ce qui leur est permis par les dispositions *ci-dessus*. — Toute donation ou déguisée ou faite à personnes interposées sera nulle. »

Les rédacteurs du Code ont emprunté cet article à l'édit de 1560 sur les secondes noces, et MM. Aubry et Rau font observer très-justement qu'ils ont même « renforcé les rigueurs de la prohibition en bornant au quart des biens le maximum du disponible. » (T. VII, § 690, note 1).

Prenant pour point de départ cette origine ancienne, certains auteurs ont voulu restreindre l'application des articles 1099 et 1100 au seul cas de l'article 1098 et prétendu qu'ils ne pouvaient s'appliquer aux *premières noces* puisque l'édit de 1560 auquel ils avaient été empruntés ne s'appliquait qu'aux *secondes noces*. Cette solution ne résulte-t-elle pas d'ailleurs de la place même qu'occupe dans le Code l'article 1099 : il suit immédiatement l'article 1098 : c'est donc lui seul qu'il vise, et non un texte éloigné, et qu'il aurait au moins fallu rappeler au moyen d'une mention spéciale. L'on conçoit, du reste parfaitement bien, que le législateur se soit montré beaucoup plus sévère dans l'hypothèse de l'article 1098 que dans celle de l'article 1094 : le danger des fraudes n'est-il pas, en effet, plus à redouter alors qu'il s'agit d'un second mariage, que lorsqu'on ne se trouve en présence que d'enfants communs ?

Il résulte donc là, d'après cette première opinion, que dans ce dernier cas on pourra toujours déguiser sa libéralité et frauder la loi sans craindre un seul instant d'être jamais inquiété par les héritiers injustement dépouillés.

Une telle conséquence juge le système qui est d'ailleurs contraire aux termes mêmes de l'article 1099.

Que veut cet article ? Qu'il soit interdit aux époux de

se donner même et surtout indirectement au-delà de ce qui leur est permis *par les dispositions ci-dessus*. Or, cette expression « *les dispositions* » n'embrasse-t-elle pas sans aucune exception tous les articles du chapitre IX, c'est-à-dire, tous les articles qui ont trait à la quotité disponible entre époux ? Elle se rapporte donc tout aussi bien à l'article 1094 qu'à l'article 1098. Il est vrai que l'intérêt des enfants du premier lit doit attirer d'une manière toute particulière l'attention du législateur ; il est vrai qu'il faut le protéger par des prescriptions rigoureuses. Mais est-ce là une raison pour négliger l'enfant commun ? et n'est-il pas bien plutôt à présumer que la loi ayant rétabli pour ces deux hypothèses une quotité disponible différente, plus ou moins forte, selon qu'elle se défie plus ou moins, ait voulu la maintenir strictement dans le cercle qu'elle a cru devoir lui tracer? Ceci nous paraît absolument certain.

Les époux ne peuvent donc se faire indirectement des avantages plus considérables que ceux qu'ils auraient pu se faire directement.

La donation indirecte peut affecter deux formes, suivant nous bien différentes l'une de l'autre. Elle peut être ce que nous appellerons indirecte simple ou, au contraire, indirecte déguisée. Il existe une grande différence entre ces deux sortes de libéralités. La

première est patente, elle se montre au grand jour, tout le monde peut la connaître ; aussi lorsqu'elle excède la quotité disponible, est-elle simplement réductible à cette quotité. La seconde se cache, emploie des combinaisons diverses et propres à égarer la perspicacité de la justice ; elle est faite presque toujours dans l'intention d'éluder la loi et elle y arrive quelquefois. Aussi doit-on la redouter et punir sévèrement ceux qui veulent s'en servir. Le législateur frappe donc de nullité une donation faite dans de pareilles conditions. C'est là du moins ce que nous espérons pouvoir démontrer, car cette doctrine qui repose sur l'article 1099 n'est pas universellement enseignée.

Un premier système professé par M. Duranton, enseigne, au contraire, que la libéralité faite sous un masque, est seulement réductible comme la donation indirecte simple dont elle n'est qu'une variété. C'est qu'en effet les termes *donations déguisées* sont synonymes des mots *avantages indirects*, et la loi se sert indistinctement des uns et des autres. Le second alinéa de l'art. 1099 se rattache donc d'une manière intime, à la disposition du premier alinéa du même article, dont il ne fait qu'énoncer une conséquence, on doit donc l'entendre dans le sens de cette disposition, et on ne peut lui donner une portée plus grande. Conclu-

sion : toute libéralité, sans distinction, est également nulle pour ce qui excède le disponible ; c'est-à-dire qu'elle est toujours simplement réductible.

Mais que devient, dans cette théorie, le second alinéa de l'art. 1099 ? Il est entièrement sacrifié au premier, et l'on prête ainsi au législateur ou un non sens ou une redite bien inutile sinon bien dangereuse.

Aussi, pour éviter cet inconvénient, un second système propose-t-il une distinction. Lorsque la libéralité n'excède pas la quotité disponible, le déguisement n'ayant pas eu pour but de frauder les dispositions de la loi, il n'y a aucun intérêt à frapper de nullité la donation faite ; elle est donc valable. Mais lorsque la libéralité excède la quotité disponible, le déguisement ayant été employé pour donner plus que la loi ne le permet, la donation doit être nulle pour le tout, nulle d'une manière radicale, absolue. Du reste, dit-on, ce raisonnement est conforme à la doctrine de la Cour de cassation, elle maintient, sauf réduction à la quotité disponible, les donations déguisées faites par une personne qui laisse des héritiers à réserve. Or, comme les motifs qui militent en faveur des donations faites entre étrangers, militent aussi en faveur des donations entre époux, les mêmes principes doivent être appliqués aux unes comme aux autres.

On pourrait répondre tout d'abord que si cette inconséquence existait, la faute en serait à la jurisprudence et non pas à la loi ; mais ceci n'est même pas nécessaire, et la différence qui existerait entre ces deux espèces de donations, se conçoit parfaitement. La loi, comme le prouve les art. 1094, 1096, 1098 et 1100, a souverainement redouté l'influence des époux l'un sur l'autre ; elle a pensé que la simulation de l'acte onéreux et l'interposition de personnes ne manqueraient pas d'être employées souvent et largement entre époux ; or « lex arctius prohibet quod facilius fieri putat » et les donations déguisées qui, pour toutes autres personnes, resteraient valables dans les limites du disponible, doivent toujours être nulles entre époux.

D'ailleurs, la Cour de cassation s'est expliquée à ce sujet, dans un arrêt du 29 mai 1838, dans des termes qui ne prêtent le flanc à aucune équivoque :

« Attendu que si la distinction établie par l'art. 1099 ne se retrouve plus, lorsqu'il s'agit de donations autres que celles que les époux se font l'un à l'autre, il en résulte seulement que, pour ce genre particulier de donations, la loi a cru devoir introduire une règle plus sévère ; mais qu'il n'en résulte nullement que la disposition spéciale et formelle de la loi ne doive pas recevoir exécution. »

Enfin, la quotité disponible ne pouvant être fixée qu'au décès du donateur, ce système présente le grave inconvénient de faire tomber en entier des libéralités qui, au moment où elles ont été faites, étaient légitimes et n'excédaient pas un disponible amoindri dans la suite par des revers de fortune ; tandis qu'au contraire des libéralités faites avec l'intention de dépasser la quotité fixée par la loi, et la dépassant en réalité à l'origine, se trouveraient validées par suite d'un accroissement de biens souvent inattendu.

Aussi MM. Aubry et Rau ont-ils cherché un remède à des conséquences qui leur paraissent injustes, et ils ont proposé la distinction suivante : En l'absence de toute pensée de fraude, disent-ils, les dispositions quoique déguisées ou faites par personnes interposées, devront être maintenues. Mais lorsque de pareilles dispositions auront eu lieu dans le but d'excéder la quotité disponible, elles ne pourront produire d'effet, même dans la limite de cette quotité.

Ce système serait équitable, mais il est d'une application bien difficile, pour ne pas dire impossible. En effet, à l'aide de quel criterium appréciera-t-on l'intention du disposant ? On aboutirait bien vite à l'arbitraire.

Il faut donc en revenir à la doctrine que nous avons

proposée plus haut et appliquant avec MM. Demolombe et Colmet de Santerre, les mots : *ut sonant*, déclarer nulle toute libéralité déguisée ou par personne interposée, qu'elle excède ou non la quotité disponible, que l'intention du disposant ait été honnête ou frauduleuse. — Pour soutenir ce système on peut invoquer plusieurs arguments :

1° Et d'abord est-il vrai, comme le prétend le premier système, que le second alinéa de l'art 1099 ne soit qu'une suite, une explication du premier ? Non : l'économie elle-même du texte repousse cette interprétation. Elle conduirait à faire du second alinéa de l'art. 1099 une répétition insignifiante de la disposition du premier, une redondance inexplicable dans deux dispositions qui se suivent immédiatement. D'ailleurs que l'on rapproche l'art. 1099 de l'art 911 ; la rédaction est identique et comme tout le monde reconnaît que c'est la nullité de la donation qui est prononcée dans l'art. 911, on doit reconnaître que c'est la même nullité qui est prononcée par l'art. 1097.

2° Les art. 843, 853, 854 et 1595, dit-on, prouvent amplement que le législateur assimile les effets des donations indirectes aux donations déguisées ? Ce n'est pas exact, et tout au contraire, ces articles prouvent que le

législateur a constamment distingué entre ces deux sortes de libéralités.

Il est vrai qu'il emploie quelquefois indistinctement les mots donations indirectes ou donations déguisées, mais qu'importe ? Puisque l'une, la donation indirecte, est le genre, tandis que l'autre, la donation déguisée, est l'espèce. Il suit de là que toute donation déguisée est nécessairement indirecte, mais que toute donation indirecte n'est pas nécessairement déguisée. On peut donc se servir indifféremment des mots indirecte ou déguisée pour parler d'une donation déguisée.

C'est là, dit-on, une distinction arbitraire que rien ne justifie et qui n'a aucune racine dans les législations antérieures ?

Cette assertion n'est pas juste; pour s'en convaincre il suffit de se reporter à la L. 5 *de donationibus inter virum et uxorem*; et l'on verra que, même en droit romain, on distinguait entre la donation indirecte et la donation déguisée.

Dans notre ancien droit, Roussilhe, prévoyant le cas où le mari reconnaît avoir reçu de sa femme un apport supérieur à celui qu'elle lui a remis en réalité, se demande si c'est là un avantage *nul* ou simplement *réductible* ; et il répond qu'il est nul pour le tout par le motif que le

mari « non fecit quod potuit ; fecit quod non potuit. » (Traité de la dot. t. II, n° 539.)

Il est donc tout naturel que le Code ait reproduit cette distinction si simple et si logique, conforme à l'esprit et au texte de la législation.

En prouvant que les donations déguisées entre époux sont nulles, nous avons du même coup prouvé qu'il n'y avait aucune distinction à faire suivant qu'elles excèdent ou n'excèdent pas la quotité disponible. Ce serait-là, en effet, introduire dans le texte de l'art. 1099 une distinction qu'il ne comporte pas ; subordonner la validité de la donation, non pas même à l'intention du disposant, comme le fait le troisième système, mais à un accroissement de fortune inattendu, ou à une augmentation inespérée de la valeur des biens du donateur.

La donation déguisée est donc nulle ; mais par qui cette nullité peut-elle être proposée ? Par les héritiers réservataires seuls, disent MM. Aubry et Rau (t. VII, § 690, note 37), car pour déterminer la nature de la nullité édictée par la loi, il faut s'attacher avant tout à l'intérêt qu'elle a eu en vue de garantir. Or, comme dans l'hypothèse, cet intérêt est exclusivement celui des enfants, il en résulte qu'eux seuls aussi sont admis à invoquer la nullité dont il s'agit.

Nous ne pouvons admettre cette opinion : elle est

contraire à la solution que nous avons proposée sur les donations déguisées.

Pourquoi l'art. 1099 déclare-t-il nulle la donation déguisée ? 1° Parce qu'elle contient un vice de forme, car la loi ne reconnaît pas comme valable entre époux ce genre de donation ; 2° Parce qu'elle est contraire à l'ordre public. La donation entre époux doit toujours être révocable et tout acte qui tend à lui arracher ce caractère qui est de l'essence même de ce genre de libéralité doit être sincèrement réprimé. Or tel est bien le but de la donation déguisée : elle tend à bouleverser les principes si sages qui ont présidé à l'organisation des dispositions permises entre époux : nous avions donc raison de dire que l'action en nullité peut être intentée par tous ceux qui y ont intérêt, c'est-à-dire, non-seulement, par les héritiers à réserve, mais encore par le donateur lui-même ou par ses créanciers soit antérieurs, soit même postérieurs à la donation en vertu de l'art. 1166. (Demol. Donat. et test., t. VI, p. 699.)

C'est à ceux qui attaquent la donation dissimulée à prouver soit le déguisement, soit l'interposition de personnes qu'ils allèguent, la loi n'ayant établi que par exception des présomptions du déguisement ou d'interposition.

Voyons toutefois quelles sont les personnes légalement présumées personnes interposées. *11*

Aux termes de l'article 1100 sont légalement présumées personnes interposées : 1° les enfants de l'autre époux issus d'un autre mariage ; 2° les parents dont l'autre époux était héritier présomptif, au jour de la donation.

1° Nous avons peu de chose à dire de la présomption d'interposition qui s'attache aux enfants de l'autre époux, issus d'un autre mariage ; il résulte des termes mêmes du texte que la loi n'a entendu exclure de la présomption que les enfants communs, pour lesquels la libéralité s'explique assez par les liens qui unissent l'enfant à ses père et mère. Il suit de là que l'on doit considérer comme personnes interposées, non-seulement *les enfants issus d'un autre mariage,* mais encore tous les descendants de ce mariage à quelque degré qu'ils soient, même les enfants naturels ou adoptifs.

2° En ce qui concerne la présomption d'interposition qui s'attache aux parents dont l'autre époux était héritier présomptif au jour de la donation, il faut observer que le législateur n'ayant en vue que le *consilium fraudes*, ne considère pas l'état de choses au jour du décès, mais bien *au jour de la donation*. C'est ce qu'exprimait très clairement les mots « *encore que ce dernier n'ait point survécu à son parent donataire.* » Peu importe donc que l'époux héritier du donataire ait

ou n'ait pas survécu à ce dernier ; ce qu'il faut seulement, c'est qu'il ait été son héritier présomptif au jour de la donation.

Nous n'avons pas besoin d'ajouter qu'aux termes de l'article 1352 aucune preuve n'est recevable contre ces présomptions, en dehors desquelles les intéressés sont d'ailleurs admis à établir l'interposition et par toute espèce de preuves puisqu'ils luttent contre la fraude.

POSITIONS

DROIT ROMAIN.

I

Le sénatus-consulte de Caracalla s'appliquait à toutes les donations entre époux, même aux simples promesses.

II

Avant le sénatus-consulte de Caracalla, lorsqu'un tiers de bonne foi remettait entre les mains d'une femme mariée une chose appartenant à son mari, et que les deux conjoints s'entendaient pour laisser passer les délais de l'usucapion, celle-ci ne pouvait pas en réalité s'accomplir.

III.

Quand le mari, voulant faire une donation à sa femme, ordonne à son débiteur de verser entre les mains de celle-ci les sommes qu'il lui doit, il y a, vis-à-vis du

mari, libération de la part du débiteur qui ne conserve pas la propriété des écus versés.

DROIT FRANÇAIS.

I

L'époux qui dispose en faveur de son époux de l'usufruit de la réserve de ses héritiers, de ses ascendants dans le premier cas de l'art. 1094, ou de ses enfants dans le deuxième, ne peut le dispenser de l'obligation de fournir caution.

II

La quotité disponible déterminée par l'article 1094 est une quotité fixe, invariable, à laquelle les époux ne peuvent renoncer lorsque le droit commun leur est plus avantageux.

III

Le disponible exceptionnel ne peut être cumulé avec le disponible ordinaire.

IV

L'époux qui, par contrat de mariage, a donné à son conjoint l'usufruit de la moitié de ses biens, peut encore par la suite léguer à un étranger la nue-propriété

d'un quart quand il a trois enfants ou un plus grand nombre.

V

L'action en réduction des libéralites faites par le convolant à son nouvel époux appartient aux enfants du premier lit, mais s'ils refusent d'agir, les enfants du second mariage peuvent l'intenter.

VI

Les dispositions de l'article 917 ne sont pas applicables à la quotité disponible de l'article 1094.

VII

Les libéralités déguisées ou faites par personnes interposées sont nulles entre époux et non pas seulement réductibles à la quotité disponible.

VIII

Le défendeur condamné ne peut revenir contre la chose jugée, en tant qu'elle a déclaré l'existence et la légitimité de la dette, lorsque la nouvelle défense qu'il invoque est fondée sur un moyen d'ordre public.

DROIT COMMERCIAL.

I

La vente d'un fonds de commerce, indépendamment

de la marchandise, constitue par elle-même un acte de commerce.

II

La remise qui a été consentie ou subie par le défunt dans un concordat, après la faillite du successible débiteur, n'entraîne pas pour ce dernier l'obligation du rapport.

CODE DE PROCÉDURE.

Les parties peuvent, dès le début ou dans le cours de l'instruction de première instance et avant le jugement obtenu, renoncer valablement au droit d'appeler

CODE PÉNAL.

Les dispositions des art. 319 et 320 du Code pénal s'appliquent aux officiers de santé et docteurs en médecine qui, par leur maladresse, ont été la cause d'un homicide ou de blessures graves.

DROIT INTERNATIONAL.

Le tribunal chargé d'imprimer aux jugements rendus par les tribunaux étrangers la force exécutoire en

France, a le droit d'entrer dans un nouvel examen de l'affaire sur laquelle est intervenue la décision du tribunal étranger.

Vu :
Le Président de la Thèse,
JOUEN.

Vu :
Le Doyen,
C. DEMOLOMBE.

Permis d'imprimer :
Le Recteur,
L. LIARD.